СИСТЕМА
РИМСКАГО ПРАВА.

II. Вещное право.

КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ
Профессора Московскаго Университета
В. М. Хвостова.

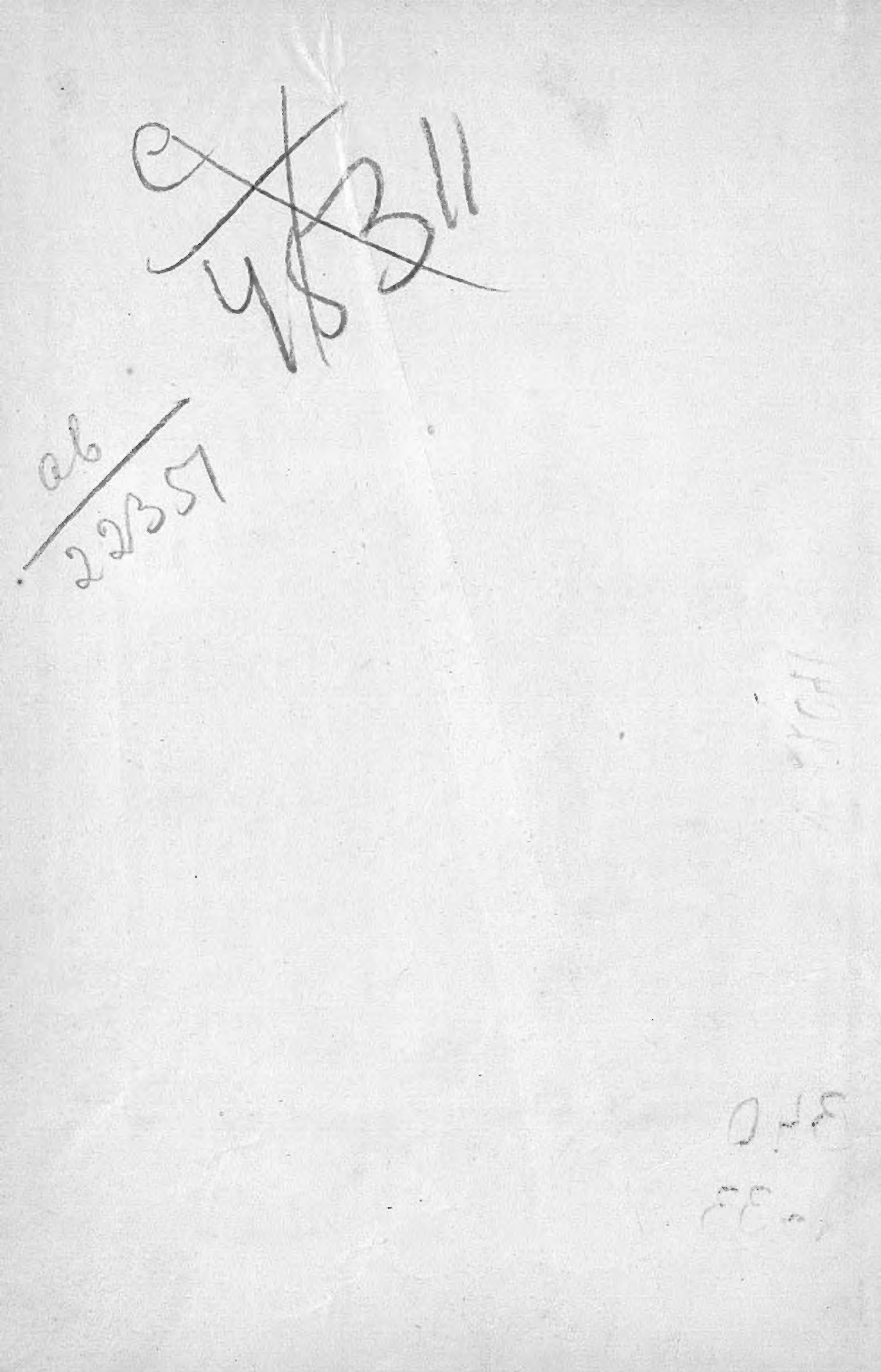
Изданіе третье.
Просмотрѣнное пр.-доц. А. Э. Вормсомъ.

СКЛАДЪ ИЗДАНІЯ ВЪ КНИЖНЫХЪ МАГАЗИНАХЪ
Н. П. Карбасникова
Петербургъ, Гостиный дв., 19. Москва, Моховая, д. Баженова. Варшава, Нов. Свѣтъ, д. 69. Вильно, Большая, д. Гордона.
1908.

РИМСКАГО ПРАВА.

Вещное право.

Конспектъ лекцій



СИСТЕМА

РИМСКАГО ПРАВА.

II. Вещное право.

КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ

Профессора Московскаго Университета

В. М. Хвостова.

Изданіе третье.

Просмотрѣнное пр.-доц. А. Э. Вормсомъ.

СКЛАДЪ ИЗДАНІЯ ВЪ КНИЖНЫХЪ МАГАЗИНАХЪ
Н. П. Карбасникова

Петербургъ, Гостиный дв., 19. Москва, Моховая, д. Баженова. Варшава, Нов. Свѣтъ, д. 69. Вильно, Большая, д. Гордона.

1908.

Типографія Вильде, Малая Кисловка, собств. домъ.

ВЕЩНОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Общее опредѣленіе и основное дѣленіе вещныхъ правъ.

I. Вещнымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ называется *право, дающее своему субъекту непосредственное господство надъ какой либо вещью* (см. Общ. часть § 13, IV, 2). Объектомъ права здѣсь является *вещь* въ томъ смыслѣ, какъ мы ее опредѣлили въ § 29, IV Общей части, т.-е. обособленная часть внѣшней природы, которая служитъ предметомъ юридическаго господства. Такимъ образомъ, вещныя права мыслимы только по отношенію къ предметамъ, имѣющимъ тѣлесную субстанцію. То, что такой субстанціи не имѣетъ, вообще говоря, не можетъ быть объектомъ вещнаго права.

Иногда говорятъ о вещныхъ правахъ на другія *права;* вмѣсто того, чтобы сказать: „я имѣю такое-то право",—говорятъ: „я имѣю собственность на такое-то право" (напр.: источники говорятъ о dominium ususfructus и даже о dominium proprietatis)[1]; но это—неточныя выраженія; изъ нихъ нельзя выводить практическихъ заключеній, т.-е не слѣдуетъ, опираясь на нихъ, примѣнять къ даннымъ случаямъ правила, выработанныя для собственности въ техническомъ смыслѣ термина[2]. Вообще, *право на право* объектомъ своимъ имѣетъ тотъ-же самый предметъ, который служитъ объектомъ права, какъ бы подлежащаго нашему господству (см. Общая часть § 29, II).

II. Вещныя права дѣлятся по содержанію и объему той власти, которую они даютъ надъ вещью, на двѣ категоріи: 1) право собственности и 2) права на чужую вещь—jura in re aliena[3].

Право собственности есть самое широкое по содержанію вещное право. Оно даетъ *общее* господство надъ тѣлесною вещью; субъектъ этого права можетъ въ принципѣ дѣлать съ вещью все то, что допустимо съ точки зрѣнія природы вещи и предписаній права.

---

[1] L. 3 D. 7, 6. L. 17 D. 7, 4. L. 49 (48) pr. D. 28, 5. § 4 J. 2, 4 (въ прим. 8).
[2] *Windscheid* § 168.
[3] О терминологіи источниковъ см. *Windscheid* § 165 пр. 1 *Arndts* § 126, пр. 1 a. Для современнаго права выраженіе „право на чужую вещь" не вполнѣ точно. См. *Kipp* къ *Windscheid* § 165.

Отсюда слѣдуетъ, что полнота и широта господства собственника надъ вещью далеко не абсолютна. Право собственности есть *наиболѣе полное господство надъ вещью, какое допускается вообще объективнымъ правомъ*. Но его нельзя опредѣлить, какъ господство надъ вещью въ принципѣ безграничное, не допускающее, по природѣ своей, никакихъ ограниченій. Такое опредѣленіе было бы неисторическимъ и противорѣчило бы даже общему понятію о правѣ[4]. Всѣ субъективныя права, предоставляемыя частнымъ лицамъ, строятся не только съ точки зрѣнія нуждъ самого субъекта права, но и нуждъ всего гражданскаго оборота, потребностей того общества, въ которомъ будетъ дѣйствовать субъектъ. Всякая власть, доставляемая субъективнымъ гражданскимъ правомъ, допускаетъ въ принципѣ ограниченія, если таковыя необходимы въ интересахъ другихъ участниковъ гражданскаго оборота. Исторія показываетъ, что и право собственности никогда не существовало въ видѣ ничѣмъ неограниченнаго господства субъекта надъ вещью. Ограниченія въ видахъ общегосударственныхъ, въ интересахъ сосѣдей и т. п. всегда существовали и безъ нихъ общежитіе стало бы невозможнымъ (см. ниже § 4).

Права на чужую вещь отличаются болѣе узкимъ содержаніемъ власти, чѣмъ право собственности. Они подчиняютъ чужую вещь господству субъекта только въ извѣстномъ опредѣленномъ направленіи и для опредѣленныхъ цѣлей. Римлянамъ было извѣстно нѣсколько видовъ такихъ правъ на чужую вещь: 1) сервитуты; 2) superficies; 3) emphyteusis; 4) по господствующему воззрѣнію (котораго мы не раздѣляемъ) сюда причисляется еще залоговое право. При этомъ дѣлается оговорка, что первые три вида правъ на чужую вещь даютъ возможность лицу пользоваться естественными свойствами чужой вещи, а четвертое—даетъ право отчудить чужую вещь для покрытія ея стоимостью какого-либо долга и, такимъ образомъ, подчиняетъ чужому господству рыночную цѣнность вещи[5].

III. Права на чужую вещь всегда до извѣстной степени стѣсняютъ собственника въ осуществленіи предоставленнаго ему широкаго господства надъ вещью. Такими же стѣсненіями для собственника являются, напр., запрещенія отчуждать вещь, возникающія въ нѣкоторыхъ случаяхъ по закону или по судебному рѣшенію (см. ниже § 7, 4). Поэтому принято различать собственность *полную и неполную*. При полной собственности субъектъ ничѣмъ не ограниченъ въ осуществленіи того господства, которое вообще можетъ предоставить ему собственность, какъ она признается даннымъ положительнымъ правомъ.

Для собственника на основаніи его права собственности возникаетъ рядъ производныхъ правомочій, изъ которыхъ принято отмѣчать, какъ наиболѣе важныя, слѣдующія: 1) право *владѣть* вещью, т.-е. держать ее въ своей фактической власти; 2) право *пользоваться* вещью, т.-е. извлекать изъ нея возможную экономическую выгоду; 3) право *распоряжаться* вещью, т.-е. отчуждать ее и отягощать ее вещными ограниченіями; 4) право *виндицировать* вещь, т.-е. требовать ее изъ рукъ каждаго третьяго владѣльца.

---

[4] Которое имѣетъ сторонниковъ и въ настоящее время; см. напр. *Windscheid* § 167, пр. 3 и противъ этого *Dernburg* I § 192 пр. 7. Другія опредѣленія права собственности см. у *Windscheid* § 167, пр. 4.

[5] *Dernburg* I, § 192, пр. 8. Какъ увидимъ ниже въ § 40, конструкція залогового права спорна; нѣкоторые ученые не считаютъ залогъ вещнымъ правомъ.

IV. Но собственность можетъ быть и неполной, то-есть она можетъ быть обременена разными ограниченіями, каковы права на чужую вещь и запрещенія отчуждать. Въ такомъ случаѣ собственникъ въ большей или меньшей степени не можетъ свободно осуществлять тѣхъ правомочій, которыя возникаютъ для него изъ права собственности. За собственникомъ можетъ остаться только голое право собственности, *nudum jus*[6], но онъ не въ состояніи будетъ извлекать изъ него никакой наличной выгоды: всѣ права пользованія и владѣнія будутъ принадлежать, напр., субъектамъ правъ на чужую вещь, имѣющихъ широкое содержаніе (каковы узуфруктъ, эмфитевзисъ). Но и въ этомъ случаѣ собственность не теряетъ своего значенія. За ней остается все-таки значеніе *общаго господства* надъ вещью, въ сравненіи съ которымъ всѣ другія права на ту же вещь установляютъ только частное господство. Практически проявляется это въ томъ, что какъ только ограничивающее собственника право на его вещь уничтожается, свобода собственника въ томъ же размѣрѣ возстановляется сама собой, ipso jure, безъ всякаго особаго акта съ его стороны. Напр., если узуфруктуаръ умретъ или откажется отъ права узуфрукта, то участокъ не становится res nullius, которую можетъ захватить каждый; но право собственника освобождается отъ тѣхъ ограниченій, которыя вытекали изъ полномочій узуфруктуара[7].

V. Это свойство собственности стягивать обратно всѣ отнятыя у собственника правомочія, лишь только прекратится основаніе, заставлявшее лишать его какого-либо правомочія, показываетъ, что собственность нельзя опредѣлять, какъ *сумму отдѣльныхъ правомочій* (права владѣть, пользоваться, распоряжаться и т. д.). Собственность характеризуется чѣмъ-то другимъ, сверхъ этихъ отдѣльныхъ правомочій; это такое свойство, которое дѣлаетъ изъ отдѣльныхъ правомочій единое цѣлое[8].

§ 2. Защита вещныхъ правъ. Общія основанія ихъ уничтоженія. Владѣніе. Система изложенія.

I. Всѣ вещныя права (или, точнѣе, огромное ихъ большинство) защищаются *абсолютными* исками. Такъ какъ они даютъ непосредственное господство надъ вещью, то они могутъ быть нарушены всякимъ лицомъ, которое вступитъ неправомѣрно въ такое отношеніе къ вещи, при наличности котораго субъектъ вещнаго права не можетъ, какъ слѣдуетъ, отправлять своего права. Субъектъ вещнаго права имѣетъ искъ противъ такого нарушителя его права; личность отвѣтчика по этому иску опредѣляется, такимъ

---

[6] § 1 J. 2, 4; cp. L. 126 § 1 D. 45, 1... pleno jure...

[7] § 4 J. 2, 4 Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem. L. 18 § 1 D. 13, 7. Paulus 29 ed. Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit: eadem causa est alluvionis. L. 3 § 2 L. 54 D. 7, 1. L. 3 pr. C. 3, 33.

[8] L. 5 pr. D. 7, 6. Ulp. 17 ed. Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire: de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet... L. 25 pr. D. 50, 16. Paulus 21 ed. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis (servitus *Hal.*) sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Julianus, et est verius. — *Windscheid* § 167, пр. 2. 5.

образомъ, впервые только фактомъ нарушенія права. Право собственности защищается двумя такими исками: rei vindicatio служитъ для полученія фактическаго владѣнія вещью изъ рукъ всякаго третьяго лица, захватившаго это владѣніе (ниже § 13, I), а actio negatoria защищаетъ собственность отъ частичныхъ вторженій въ нее, служитъ средствомъ защитить собственника отъ неправомѣрнаго присвоенія третьими лицами jura in re aliena (ниже § 13, II). Для защиты superficies и emphyteusis даются оба эти иска по аналогіи (utiliter; ниже § 38, II; 39, III). Сервитутное право защищается посредствомъ actio confessoria (ниже § 36, I). Залоговое право, если его и не считать за вещное (объ этомъ см. ниже § 40), имѣетъ общій съ вещными правами признакъ—абсолютную защиту.

II. Таковъ въ общихъ чертахъ характеръ вещныхъ правъ. Всѣмъ имъ свойственны *нѣкоторыя основанія ихъ уничтоженія*. Такъ, всѣ вещныя права погибаютъ съ *гибелью вещи*[1] или съ *превращеніемъ ея въ вещь, неспособную быть предметомъ частнаго господства*[2].

Всѣ вещныя права даютъ юридическое господство надъ вещью. Это господство существуетъ и принадлежитъ субъекту права независимо отъ того, имѣетъ ли онъ вещь въ своихъ рукахъ, въ своей фактической власти. Большею частью субъектъ права имѣетъ искъ для того, чтобы доставить себѣ фактическое господство надъ вещью, которое необходимо для осуществленія его права.

Такимъ образомъ, юридическое господство не зависитъ отъ фактическаго: слѣдуетъ строго и послѣдовательно отличать право на вещь отъ *владѣнія вещью*[3]. Подъ владѣніемъ вообще разумѣется *фактическое господство лица надъ вещью*. Въ частности же различается *юридическое владѣніе*—possessio civilis,—т.-е. фактическое господство надъ вещью съ намѣреніемъ обращаться съ ней, какъ съ своей собственной, и простое *держаніе* вещи—detentio, т.-е. фактическое господство надъ вещью, не соединенное съ такимъ намѣреніемъ (ниже §§ 18 и 19).

Юридическое владѣніе вызываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія само по себѣ, т.-е. независимо отъ того, какимъ путемъ оно пріобрѣтено, и стоитъ ли за нимъ какое-либо право, которое его оправдываетъ. Особенно велики эти юридическія послѣдствія въ тѣхъ случаяхъ, когда владѣлецъ, хотя и не является на самомъ дѣлѣ собственникомъ, но, удерживая вещь въ своихъ рукахъ, думаетъ, находясь въ извинительномъ заблужденіи, что эта вещь принадлежитъ ему на правѣ собственности. Такое *добросовѣстное владѣніе*, bonae fidei possessio, пользуется особенно широкой защитой[4].

Вопросъ объ основаніи защиты, даваемой владѣнію, какъ таковому,

---

[1] L. 23 D. 7, 4. L. 7 § 5 D. 41, 1. L. 1 C. 4, 66.

[2] См. Общ. ч. § 32.—О вещахъ, захваченныхъ *врагами*, и о существующемъ для нихъ jus postliminii см. *Girard* (4-е изд., 1906 г.) стр. 332, пр. 1. L. 2. 3. 20 § 1 L 28 D. 49, 15. L. 10 C. 8, 50 (51).—О прекращеніи правъ, существующихъ на *дикихъ звѣрей*, съ возвращеніемъ послѣднихъ въ состояніе свободы см. ниже § 12, V. Чѣмъ отличается уничтоженіе вещи отъ простого ея измѣненія? См. *Dernburg* I, § 202.

[3] L. 38 § 9 D. 45, 1 Ulp. 49 Sab. „Habere" dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem apud nos depositam solemus dicere

[4] L. 136 D. 50, 17 Paulus 18 ed. Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Къ этому *Windscheid* § 166. Болѣе точное опредѣленіе bona fides см. § 11.

является спорнымъ, какъ мы увидимъ ниже (см. § 17). Тѣмъ не менѣе, мы можемъ съ увѣренностью сказать, что, во всякомъ случаѣ, одной изъ самыхъ важныхъ причинъ защиты владѣнія является стремленіе законодателя облегчить съ ея помощью защиту вещныхъ правъ, въ особенности права собственности. Владѣніе выступаетъ на практикѣ, главнымъ образомъ, какъ вспомогательный институтъ къ праву собственности и другимъ вещнымъ правамъ. Поэтому мы и будемъ говорить о владѣніи вещами послѣ того, какъ изложимъ ученіе о собственности, а о такъ наз. владѣніи правами — послѣ изложенія ученія о соотвѣтственныхъ правахъ на чужую вещь. Въ пользу такой системы изложенія говорятъ и извѣстныя педагогическія соображенія.

Такимъ образомъ, курсъ вещнаго права раздѣляется на слѣдующіе отдѣлы:

1. Право собственности. 2. Юридическое владѣніе. 3. Сервитуты и juris quasi possessio. Emphyteusis и superficies. (Т.-е. всѣ jura in re aliena, дающія возможность пользованія чужой вещью).

4. Залоговое право.

ОТДѢЛЪ I.

Право собственности.

Глава I. Содержаніе и виды права собственности.

§ 3. Бонитарная и квиритская собственность. Собственность на провинціальную землю.

I. Изъ курса исторіи римскаго права мы уже знаемъ[1], что у римлянъ существовало нѣсколько исторически сложившихся видовъ права собственности. Древнѣйшая *цивильная собственность*—dominium ex jure Quiritium—отличалась особенностью способовъ ея пріобрѣтенія. Именно, всѣ вещи, которыя могли служить ея объектомъ, дѣлились на res mancipi и res nec mancipi[2]. Только собственность на res nec mancipi могла пріобрѣтаться неторжественнымъ способомъ, путемъ простой передачи владѣнія вещью, traditio. Собственность же на res mancipi передавалась съ помощью сложныхъ обрядовъ in jure cessio и mancipatio. Traditio такихъ вещей не вела къ переходу права собственности[3]. Съ теченіемъ времени примѣненіе этихъ сложныхъ способовъ сдѣлалось неудобнымъ; причиной тому была не только сложность и медленность обряда, но и то обстоятельство, что mancipatio и in jure cessio могли происходить только въ присутствіи обоихъ участниковъ акта, и что они не допускали включенія условія или срока[4]. Поэтому часто стали избѣгать совершенія этихъ обрядовъ и, полагаясь на совѣсть контрагента, передавать res mancipi изъ рукъ въ руки путемъ простой traditio. Мало-по-малу назрѣла потребность узаконить этотъ болѣе удобный способъ и для переноса собственности на res mancipi. Это было сдѣлано *преторскимъ эдиктомъ*.

Преторъ не могъ сдѣлать квиритскимъ собственникомъ лицо, которое пріобрѣло res mancipi путемъ traditio; но онъ могъ обезпечить ему защиту, аналогичную съ защитой квиритскаго собственника. Преторъ давалъ лицу, пріобрѣтшему res mancipi посредствомъ простой передачи exceptio doli или

---

[1] См. *Хвостовъ*, Исторія римскаго права (1908 г.), § 68.
[2] Gai 1, 120; 2, 14-22.
[3] Gai 2, 41.
[4] Vat. fr. 50, 329. L. 77 D. 50, 17.

exceptio rei venditae et traditae противъ rei vindicatio, которую вчиналъ противъ него квиритскій собственникъ, передавшій ему вещь. Если же новый пріобрѣтатель rei mancipi утратилъ владѣніе вещью, то для полученія его обратно онъ имѣлъ противъ всякаго третьяго владѣльца actio in rem Publiciana. Если этотъ искъ предъявлялся имъ къ самому квиритскому собственнику, въ рукахъ котораго очутилась опять проданная и переданная имъ res mancipi, то противъ ссылки послѣдняго на свою квиритскую собственность (exceptio justi dominii) новый пріобрѣтатель имѣлъ replicatio rei venditae et traditae [5].

Такъ образовалось новое вещное право преторскаго происхожденія. Римляне описывали его выраженіемъ: rem in bonis habere [6]. Такъ какъ по содержанію своему это право очень сходно съ квиритской собственностью, то въ современной наукѣ его называютъ *бонитарной собственностью*. Бонитарный собственникъ rei mancipi получалъ на эту вещь почти всѣ полномочія собственника. За квиритскимъ собственникомъ этой вещи оставалось лишь нѣсколько весьма незначительныхъ правомочій; поэтому его право было только nudum jus [7]. По истеченіи срока давностнаго пріобрѣтенія бонитарный собственникъ дѣлался квиритскимъ.

II. Кромѣ этого вида преторской собственности, существовали еще другіе, также созданные преторомъ и пользовавшіеся аналогичной защитой. Сюда относится, напримѣръ, право на вещи, входящія въ составъ наслѣдства, полученнаго преторскимъ наслѣдникомъ—*bonorum possessor;* право на вещи несостоятельнаго должника, полученныя покупателемъ его имущества—*bonorum emtor*, и т. п. случаи. Право этихъ лицъ на вещи называлось также in bonis habere и также по истеченіи давности обращалось въ квиритскую собственность [8].

III. *Земля въ провинціяхъ* не могла быть предметомъ частной квиритской собственности. Съ конца республики установилось воззрѣніе, что право собственности на эту землю принадлежитъ римскому народу. Во время имперіи земля въ императорскихъ провинціяхъ объявлена собственностью императора [9]. Но фактически, конечно, большая часть земли этой находилась въ индивидуальномъ обладаніи провинціаловъ, которое пользовалось защитой аналогичной съ защитой права собственности [10]. Собственность императора или римскаго народа на такую землю въ сущности была фикціей безъ большихъ практическихъ послѣдствій. Иногда этой фикціей пользовались для произвольной конфискаціи этой земли за ничтожное вознагражденіе [11].

IV. Эти различные виды собственности [12] существовали въ *классическую* эпоху и ихъ нужно имѣть въ виду для правильнаго пониманія текстовъ классическихъ юристовъ, помѣщенныхъ въ компиляціи Юстиніана.

---

[5] О процессуальныхъ формулахъ и редакціи эдикта см. *Lenel*, Ed. perp. [2] § 60. *Dernburg*, I § 193 пр. 6—8. *Girard* [4] стр. 348 сл. *Costa*, II стр. 25 пр. 36.

[6] Gai 2, 40, 41; 1, 167.

[7] Gai 1, 54; 3, 166.

[8] Gai 3, 80; 4, 34—36.

[9] Gai 2, 7.

[10] См. объ этомъ *Lenel*, op. cit. § 71. *Girard*, стр. 352 сл.

[11] Смотри примѣръ въ L 11 pr. D. 21, 2. *Dernburg* I § 193 пр. 16. Ко всему изложенному ср. *Girard* стр. 256—263; 348—353. *Kuntze* Cursus §§ 492—493; 505; 521—523. *Шулинъ* § 71.

[12] Къ которымъ еще слѣдуетъ прибавить особую собственность перегриновъ. *Хвостовъ*, Исторія рим. права, § 68, II.

Юстиніанъ уничтожилъ, давно уже утратившее практическое значеніе, *дѣленіе вещей* на res mancipi и nec mancipi. Вслѣдствіе этого уничтожилось всякое *различіе между квиритской и бонитарной собственностью* [13]. Traditio стала способомъ переноса цивильной собственности для всѣхъ вещей. Право частныхъ лицъ *на провинціальныя земли* стало въ Юстиніановомъ правѣ также обыкновеннымъ правомъ собственности [14].

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ имѣть въ виду право Юстиніановой эпохи.

§ 4. Законныя границы права собственности.

I. Мы уже указали, что въ исторіи право собственности никогда не является въ видѣ *безграничной* свободы распоряженія вещью. Соображенія о нуждахъ лицъ, окружающихъ собственника, и объ интересахъ всего государства или общины, къ которой собственникъ принадлежитъ, всегда заставляютъ право ставить свободу собственника въ извѣстныя границы. Были установлены такія границы и въ римскомъ правѣ. Но здѣсь онѣ въ общемъ еще не такъ тѣсны, какъ въ современномъ правѣ.

Въ принципѣ, по римскому праву, собственникъ можетъ дѣлать съ своей вещью все, что угодно. Собственникъ земли имѣетъ право распоряжаться и исключать воздѣйствіе постороннихъ лицъ также по отношенію къ *воздушному пространству* надъ его землей [1] и къ *нѣдрамъ земли* и сокрытымъ въ нихъ минераламъ [2].—Распоряжаясь своей землею, собственникъ можетъ даже наносить *ущербъ своимъ сосѣдямъ*, пока онъ остается въ границахъ своего участка [3]. Такъ, онъ можетъ заслонить свѣтъ своимъ сосѣдямъ, лишить воды ихъ колодцы, роя у себя колодезь: сосѣди не могутъ протестовать противъ этого, если не имѣютъ соотвѣтствующихъ сервитутныхъ правъ [4]. Собственникъ въ принципѣ ограниченъ только правиломъ, что нельзя вредить другимъ лицамъ, пользуясь своимъ правомъ *только* для того, чтобы нанести имъ вредъ (т. наз. шиканъ).

II. Однако и по римскому праву были установлены *границы*, которыя собственникъ не долженъ былъ нарушать при пользованіи и распоряженіи своей вещью. Эти границы опредѣлялись частью въ интересахъ сосѣдей землевладѣльца, частью по соображеніямъ общегосударственной пользы [5].

III. Важнѣйшія ограниченія *въ интересахъ сосѣдей* слѣдующія:

1. Сосѣдъ не можетъ протестовать противъ проникновенія въ его владѣніе разнаго рода непріятныхъ выдѣленій и отбросовъ—дыма, пара, пыли

---

[13] L. 1 § 5 C. 7, 31. L. 1 C 7, 25

[14] L. 1 C. 7, 31. § 40 J. 2, 1. См. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 101, II. *Kuntze* Cursus § 968.

[1] Ср. вообще *Pininski* Begriff und Grenzen des Eigentumsrechts nach röm. Recht 1902. L. 1 pr. D. 8, 2. L. 22 § 4 D. 43, 24.

[2] L. 24 § 12 D. 39, 2. L. 1 § 12 D. 39, 3. L. 11 pr. D. 43, 24. *Dernburg* I § 198, пр. 4. Ср. *Ferrini* Manuale di Pandette (1900) §§ 217—219.

[3] Сооруженія не должны выходить за границы участка: L. 14 § 1 D. 8, 5.

[4] L. 9 D. 8, 2. L. 8. 9 C. 3, 34. L. 24 § 12 L. 26 D. 39, 2. L. 1 § 12 D. 39, 3. *Windscheid* § 169, пр. 6.

[5] Нерѣдко изъ этихъ ограниченій права собственности возникаютъ права на чужую вещь для третьихъ лицъ, т. наз. легальные сервитуты. См. объ этомъ *Windscheid*, § 169, пр. 2. *Girard* стр. 253, пр. 1.

и т. п. *immissiones*, если они проникают въ умѣренномъ количествѣ и вызываются нормальной эксплоатаціей сосѣдняго участка; тоже относится къ проникновенію сырости отъ сооруженій сосѣда [6].

2. Сосѣдъ долженъ терпѣть незначительное выпячиваніе стѣны сосѣда въ его земельный участокъ [7].

3. Сосѣдъ долженъ дозволять сосѣду переходить на его участокъ черезъ день для собиранія плодовъ, упавшихъ на землю сосѣда [8].

4. Сосѣдъ можетъ требовать уничтоженія или можетъ даже самъ уничтожить вѣтви дерева, принадлежащаго сосѣду, если онѣ свѣшиваются надъ его домомъ [9]. Если вѣтви свѣшиваются надъ незастроеннымъ участкомъ сосѣда, то можно требовать (въ интересахъ земледѣлія), чтобы онѣ обрубались на 15 футовъ надъ землей [10].

5. Сосѣдъ не долженъ загораживать токъ сосѣда отъ доступа вѣтра [11].

6. Сосѣдъ на нижележащемъ участкѣ долженъ принимать на свою землю стокъ дождевой воды съ выше лежащаго участка. Онъ не можетъ устроить такія приспособленія, которыя ко вреду сосѣда измѣнили бы нормальное теченіе дождевой воды. Точно также обладатель вышележащаго участка не долженъ измѣнять нормальнаго стока воды, если это наноситъ положительный ущербъ нижележащему участку (см. ниже § 14 объ actio aquae pluviae arcendae) [12].

7. Землевладѣлецъ обязанъ по требованію сосѣда заключить стипуляцію (cautio damni infecti) о возмѣщеніи того убытка, который можетъ возникнуть для сосѣда вслѣдствіе какого-либо порока сосѣдняго земельнаго участка, напр., отъ обвала зданія (см. ниже § 14 o cautio damni infecti) [13].

IV. Ограниченія собственности *въ интересахъ общественныхъ* весьма разнообразны. Упомянемъ слѣдующія.

1. Землевладѣлецъ долженъ допускать въ нѣкоторыхъ случаяхъ на свою землю постороннихъ лицъ; напр., онъ долженъ допускать каждаго, чьи вещи находятся на его землѣ, если тотъ хочетъ отыскать ихъ (объ этомъ случаѣ см. Общ. ч. § 16, VII, 3, c.) [14].

2. Онъ долженъ допускать каждаго желающаго заниматься на его землѣ горнымъ промысломъ, при чемъ это лицо должно платить $^1/_{10}$ дохода землевладѣльцу и $^1/_{10}$ – фиску [15].

3. Собственникъ земли, прилегающей къ flumen publicum, долженъ позволять причаливать къ берегу суда, складывать товары и т. п. [16].

4. Собственникъ матеріаловъ, застроенныхъ въ чужое зданіе, не мо-

---

6 L. 8 § 5. 6 L. 17 § 2 D. 8, 5. L. 19 pr. D. 8, 2. L. 1 § 17 D. 39, 3. *Windscheid* § 169 пр. 7. Ср. *Dernburg* I, § 199, 4

7 L. 17 pr. D. 8, 5. *Dernburg* I, 199, пр. 5.

8 XII tab. 7, 10. Dig. 43, 28. *Dernburg* I, § 200, пр. 5. *Ferrini*, § 356.

9 Dig. 43. 27.

10 XII tab. 7, 9 L. 1 § 7. 8 D. 43, 27. *Dernburg* I, § 200 пр. 7.

11 L. 14 § 1 C. 3, 34.

12 XII tab. 7, 8. Dig. 39, 3.

13 Gai 4, 31. Dig. 39, 2.—Относительно L. 13 D. 10, 1. см. *Windscheid* § 169, пр. 4. Объ ambitus и confinium по XII табл. см. *Karlowa* R. R. G. II, стр. 518 см. *Girard*, стр. 253, пр. 2. *Dernburg* I, § 200, пр. 3 *Ferrini* §§ 349, 354.

14 L. 5 D. 10, 4. L. 9 § 1 D. 39, 2. L. 5 § 3 L. 9 § 1 D. 10, 4. L. 5 § 4. 5 D. eod. L. 25 D. 19, 1.

15 L. 3. 6 C. 11, 7 (6) *Dernburg* I § 198 пр. 12. *Ferrini* § 350.

16 § 4 J. 2, 1.

жетъ виндицировать ихъ и требовать ихъ выдѣленія пока зданіе не будетъ разрушено вслѣдствіе случая или по волѣ владѣльца. Взамѣнъ этого собственникъ матеріала можетъ требовать уплаты двойной стоимости его путемъ особаго обязательственнаго иска—actio de tigno juncto. (См. Общ. часть § 30, II, ученіе объ accessio; ниже § 9, V, A, γ)[17].

5. Римскіе магистраты слѣдили за возстановленіемъ и ремонтомъ разрушившихся зданій. Существовали извѣстныя строительныя правила относительно возведенія домовъ[18].

6. Въ императорскую эпоху появились разнообразныя ограниченія господской власти надъ рабами, введенныя по соображеніямъ гуманности[19].

7. Государство въ случаѣ нужды могло экспропріировать частную землю для общеполезныхъ цѣлей; собственники, большею частью, получали вознагражденіе[20].

§ 5. Сособственность.

I. *Исключительное* право собственности нѣсколькихъ лицъ на одну и ту же вещь невозможно[1]. Это противорѣчитъ самому понятію о собственности.

Но вполнѣ возможно, чтобы нѣсколько лицъ имѣли право собственности на одну и ту же вещь, *ограничивая другъ друга въ пользованіи этимъ правомъ*. Въ такомъ случаѣ возникаетъ то, что называется теперь сособственностью—condominium[2].

II. Такое положеніе правъ можетъ возникнуть: 1) *По договору* между нѣсколькими лицами (договоръ товарищества; напр. нѣсколько лицъ сообща покупаютъ вещь, чтобы совмѣстно ее эксплоатировать)[3]; въ такомъ случаѣ и порядокъ пользованія вещью можетъ быть опредѣленъ договоромъ. 2) Въ результатѣ какого-либо иного событія, *помимо воли будущихъ сособственниковъ*; такъ возникаетъ сособственность между нѣсколькими сонаслѣдниками, между нѣсколькими сoлегатаріями одной и той же вещи[4], между собственниками нераздѣльно соединившихся въ одно цѣлое вещей[5]. Тогда отношенія

---

[17] XII tab. 6. 9. Dig. 47, 3. L. 23 § 6. 7 D. 6, 1. L. 6. 7 pr. D. 10, 4. L. 7 § 10 D. 41, 1.

[18] L. 46 pr. D. 39, 2. L. 7 D. 1, 18. L. 8 C. 8, 10.—L. 11 pr. D. 8, 2 cp. L. 41 § 1 D. eod. L. 12. 13 C. 8, 19. *Girard* стр. 254 пр. 5. 6. *Ferrini* § 349.

[19] *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 69, II; § 103, II. *Шулинъ* § 62. *Accarias* t. I стр. 99—104. *Girard* стр. 96.

[20] L. 14 § 1 D. 8, 6. L. 12 pr. D. 11, 7. L. 9 C. 8, 11 (12). Nov. 7 c. 2 § 1. Cic. de off. 3, 16. Front. de aq. urb. Rom. 125. Liv. 40. 51. Suet. Oct. 56. *Accarias* I стр. 513 пр. 2. 3. *Girard* стр. 254 пр. 8 сл. *Ferrini* §§ 345, 346, 348. *Costa*, Corso di storia del dir. rom., т. II (1903 г.), стр. 74 сл. (ко всему вышеизложенному).

[1] L. 5 § 15 D. 13, 6. Ulp 28 ed. Et ait [Celsus] duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

[2] Это выраженіе—современное; римскіе юристы говорятъ о communio и о socii *Windscheid* § 169a пр. 2. Въ рус. лит. *Зеберъ*. Ученіе о правѣ общей собственности по римскому праву 1897 г.

[3] L. 2 pr. D. 10, 3.

[4] L. 2 pr. D. 10, 3. Насл. право § 25.

[5] L. 3 § 2 D. 6, 1.

сособственниковъ регулируются исключительно нормами объективнаго права. Сособственность называется въ этихъ случаяхъ—communio incidens [6].

III. Попытки римскихъ юристовъ опредѣлить сущность этого института *конструировать* его, не были вполнѣ удачны. Однако, на основаніи отдѣльныхъ рѣшеній по поводу нашего института, можно уловить его основную идею [7]. Право собственности здѣсь не раздѣляется по своему содержанію между нѣсколькими лицами, такъ чтобы каждое изъ нихъ имѣло лишь *право собственности на идеальную часть вещи* (pars pro indiviso). На такую конструкцію намекаютъ многіе римскіе юристы [8], но она ошибочна, какъ увидимъ ниже. Болѣе удачна конструкція юриста Цельза, согласно которой каждый изъ сособственниковъ имѣетъ *pro parte dominium на всю вещь* [9]. Согласно первой конструкціи при сособственности дѣлится самая *вещь* на идеальныя части (partes pro indiviso); согласно второй—дѣлится *право собственности*.

Неправильность первой изъ указанныхъ конструкцій обнаруживаютъ нормы, изъ которыхъ слѣдуетъ, что каждый сособственникъ имѣетъ право собственности на *всю вещь* и на всѣ доходы отъ нея, что его право только въ своемъ осуществленіи терпитъ ограниченіе, насколько это необходимо, чтобы дать возможность осуществить такое же право его товарища (или товарищей) на ту же вещь. Здѣсь имѣется какъ бы *коллизія нѣсколькихъ правъ собственности* на одну и ту же вещь; при этой коллизіи всѣ права взаимно другъ друга ограничиваютъ (см. къ этому Общ. часть § 17, II, 3; также § 12, III, 3). Но всѣ эти права собственности въ принципѣ являются полными правами и охватываютъ всю вещь; это проявляется въ томъ, что лишь только одинъ конкуррентъ изъ числа товарищей почему-либо отпадетъ, право собственности другого товарища тотчасъ же осуществляется въ полномъ объемѣ. Такъ, если одинъ изъ сособственниковъ откажется отъ своего права, то, какъ говорятъ римляне, его часть прирастаетъ другимъ товарищамъ, т.-е. права другихъ товарищей начинаютъ осуществляться полнѣе [10]. Рабъ, принадлежащій двумъ господамъ, пріобрѣтаетъ обыкновенно все для нихъ обоихъ; но если одинъ изъ сособственниковъ почему-либо не можетъ пріобрѣсти права изъ сдѣлки раба, то результатъ сдѣлки всецѣло относится къ другому сособственнику. Если бы сособственность носила иной характеръ, то сдѣлка раба въ части должна была бы быть признана ничтожной, а въ другой части дѣйствовала бы въ пользу другого сособственника [11].

Такимъ образомъ, даже упомянутая выше конструкція Цельза, согласно которой между сособственниками дѣлится самое право собственности, можетъ быть признана правильной только съ оговоркой (ср. выраженія самого же Цельза въ L. 80 D. 32; см. Насл. пр. § 22, II): это дѣленіе права собственности состоитъ *не въ раздѣленіи его содержанія между сособствен-*

---

[6] L. 25 § 16 D. 10, 2... quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum...

[7] См. къ послѣдующему *Dernburg* I § 195. *Brinz* I § 131. *Windscheid* § 169a. *Ferrini* § 337 сл.

[8] Напр. L. 25 § 1 D. 50, 16. Vindicatio partis въ L. 6 pr. D. 6, 1. L. 16 C. 3, 32.

[9] L. 5 § 15 D. 13, 6 (въ прим. 1). См. также Papinianus L. 66 § 2 D. 31. Ulp. L. 50 pr. D. 30. L. 7 § 3 D. 40, 12. L. 40 § 4 D. 39, 2. Modest. L. 11 D. 8, 1.

[10] L. 8 C. 3, 38... relicta vel translata possessione. *Windscheid* § 169a, пр. 5 *Dernburg* I § 195 пр. 6.

[11] См. L. 1 § 4 in f. D. 45, 3 L. 7 § 1 L. 8. 9 D. eod.

никами, а только въ ограниченіи, въ силу взаимной конкурренціи между сособственниками, свободы его осуществленія. Каждый изъ товарищей можетъ пользоваться своимъ правомъ только въ такихъ размѣрахъ, которые не мѣшаютъ пользованію другихъ. Юридическое положеніе, которое вытекаетъ изъ такой коллизіи правъ на одну и ту же вещь, называется *pars rei pro indiviso* (ср. Общ. часть § 31, IV)[12]. Каждый изъ сособственниковъ можетъ свободно отчуждать (т.-е. передавать, дарить, закладывать[13], давать въ узуфруктъ[14] и т. д.) свое право собственности; но такъ какъ его преемникъ становится въ такое же ограниченное положеніе при осуществленіи пріобрѣтеннаго права, въ какомъ стоялъ отчуждатель, то можно говорить въ этомъ случаѣ *объ отчужденіи partis rei pro indiviso.*

IV. Какъ складываются въ подробностяхъ отношенія сособственниковъ при осуществленіи ими правъ собственности на одну и ту же вещь?

1. Каждый изъ сособственниковъ имѣетъ право на *совладѣніе*[15] *и сопользованіе вещью*[16] и на полученіе извѣстной доли изъ ея *дохода*[17]. Размѣръ участія каждаго въ пользованіи и владѣніи вещью и, слѣдовательно, размѣръ, въ которомъ его право собственности должно при своемъ осуществленіи стѣснять право собственности другихъ сособственниковъ, можетъ быть различенъ; эти partes pro indiviso опредѣляются или договоромъ, или долями наслѣдованія въ общемъ имуществѣ и т. п. Въ случаѣ сомнѣнія доли участія считаются равными для всѣхъ.

2. Ни одинъ изъ сособственниковъ не можетъ предпринимать *улучшеній и измѣненій* вещи безъ согласія всѣхъ остальныхъ[18]. Если измѣненіе уже сдѣлано однимъ сособственникомъ безъ согласія другихъ, то послѣдніе могутъ требовать, чтобы это измѣненіе было устранено, если только они въ томъ въ достаточной мѣрѣ заинтересованы[19].

Расходы на *полезныя* улучшенія, сдѣланныя однимъ изъ товарищей безъ согласія (но и безъ протеста) другихъ, возмѣщаются послѣдними первому лишь въ тѣхъ размѣрахъ, которые окажутся справедливыми въ зависимости отъ всѣхъ обстоятельствъ даннаго случая[20].

Расходы, *необходимые для поддержанія вещи въ цѣлости*, каждый изъ сособственниковъ можетъ затратить безъ согласія другихъ, и тѣмъ не менѣе они должны быть возмѣщены ему остальными сособственниками въ полномъ размѣрѣ (а не въ предѣлахъ только наличнаго обогащенія сособственниковъ), поскольку они падаютъ на ихъ долю въ сособственности[21].

---

[12] Ср. *Windscheid* § 169 а къ пр. 4 g. *Brinz I* стр. 478.

[13] L. 1 C. 8, 20 (21) Cod. 4, 52. L. 6 § 9 D. 10, 3.

[14] L. 5 § 2 D. 7, 6. Обременять вещь реальными сервитутами сособственникъ безъ согласія товарищей не можетъ. L. 10 D. 39, 9 *Dernburg* I § 196 пр. 4.

[15] Какъ разрѣшаются споры о порядкѣ владѣнія общей вещью, см. L. 7 § 10 D. 10, 3. L. 4 § 3 L. 5 D. 10, 2.

[16] См. объ этомъ L. 23 D. 10, 3. L. 35 § 1 D. 19, 2. *Dernburg* I § 196 пр. 10.

[17] L. 25 pr. D. 22, 1.

[18] L. 11 D. 8, 5. Marcel. 6 dig.. prohibendi potius quam faciendi esse jus socio... L. 8. 27 § 1 D. 8, 2. L. 38 D. 10, 3.

[19] L. 26 D. 8, 2 L. 28 D. 10, 3.

[20] Arg. L. 38 D. 6, 1. L. 29 § 2 D. 20, 1 ср. съ L. 14 § 1 D. 10, 3 въ нач

[21] L. 25 § 15 D. 10, 2 L. 6 § 12 D. 10, 3.—L. 29 L. 14 § 1 D. 10, 3.—L. 9 § 4 D. 42, 5.—Особое постановленіе существовало относительно расходовъ на *ремонтъ дома:* если эти расходы не возмѣщены сособственниками въ теченіе четырехъ мѣсяцевъ, то лицо, сдѣлавшее затраты на ремотъ дома, можетъ получить послѣдній, если желаетъ, въ полную собственность. L. 52 § 10 D. 17, 2. L. 4 C. 8, 10.—Слѣдуетъ замѣтить, *a. com. dividundo*

3. Каждый изъ сособственниковъ можетъ вчинать противъ третьихъ лицъ по поводу данной вещи всѣ тѣ иски, которые вообще принадлежатъ собственнику (напр. rei vindicatio, a. negatoria), но взыскивать по нимъ онъ можетъ лишь въ размѣрѣ своей доли въ общей собственности [22].

4. Каждый изъ сособственниковъ можетъ во всякое время *требовать раздѣла общей собственности*. Этой цѣли служитъ a. communi dividundo (при раздѣлѣ наслѣдства употребляется a. familiae erciscundae; о ней рѣчь будетъ въ наслѣдственномъ правѣ) [23]. Договоры, исключающіе возможность раздѣла навсегда, не имѣютъ силы. Договоры, не допускающіе раздѣла только на время,—дѣйствительны [24].

Раздѣлъ совершается по справедливому усмотрѣнію судьи (arbitrium judicis). Судья при этомъ долженъ принимать во вниманіе соглашенія сторонъ [25], если таковыя состоялись. Раздѣлъ достигается или путемъ дѣленія вещи на реальныя части, при чемъ каждый изъ бывшихъ сособственниковъ получаетъ неограниченное въ своемъ осуществленіи право на часть вещи; или же онъ достигается инымъ путемъ—напр., вся вещь можетъ быть присуждена одному изъ сособственниковъ, а послѣдній обязанъ вознаградить другихъ деньгами [26].

Посредствомъ той же actio communi dividundo, которая ставитъ на мѣсто одного состоянія вещныхъ правъ другое, разрѣшаются споры и о тѣхъ *обязательственныхъ* отношеніяхъ, которыя возникли между сособственниками. Такъ, напримѣръ, этимъ искомъ товарищъ взыскиваетъ съ другого недоданную ему часть дохода общей вещи, неуплаченныя ему издержки на общую вещь; требуетъ возврата части дохода, излишне полученной другимъ товарищемъ [27]; взыскиваетъ вознагражденіе за ущербъ, понесенный вещью по винѣ (culpa in concreto) сособственника [28]. По поводу этихъ обязательственныхъ отношеній a. com. div., въ видѣ a. utilis, можетъ быть предъявлена даже независимо отъ требованія о раздѣлѣ, т.-е. какъ при существованіи сособственности, такъ и по ея прекращеніи (напр., послѣ гибели вещи, находившейся въ сособственности) [29].

V. Римское право знаетъ только этотъ типъ сособственности. Въ правѣ новаго времени встрѣчается сособственность и съ другимъ строемъ, напр.,

---

дается по поводу издержекъ на общую вещь только тогда, когда сособственникъ затрачивалъ ихъ, заботясь о *собственномъ* интересѣ; если же онъ сдѣлалъ это исключительно въ чужомъ интересѣ, то дается a. neg. gestorum L. 6 § 2. 7 D. 10, 3. L. 39 (40) D. 3, 5. *Keller*, Pand II, стр. 112 сл. *Windscheid* § 449 пр. 10—11a.

[22] Gai 4, 53. L. 30 D. 40, 12. L. 6 C. 3, 32.—L. 4 § 3 D. 8, 5. *Windscheid* § 169a пр. 4. d.

[23] Наслѣдств. пр. § 25, I

[24] L. 5 C. 3, 37. L. 14 § 2. 3 D. 10, 3. L. 16 § 1 D. 17, 2. Къ этому *Dernburg* I § 197. 2.

[25] L. 21 D. 10, 3. L. 3 § 1 C. 3, 37.

[26] L. 3 C. 3, 37. L. 47 pr. L. 55 D. 10, 2. § 5 I. 4, 17. —Могутъ ли произвести раздѣлъ не всѣ, а только нѣкоторые изъ сособственниковъ? См. *Dernburg* I § 196 пр. 22. *Windscheid* § 449 пр. 26.—Объ отвѣтственности за эвикцію см. L. 10 § 2 D. 10, 3 *Windscheid*, § 449 пр. 24.

[27] L. 3 pr. L. 6 § 2. 4 D. 10, 3. L. 34 D. 17, 2.

[28] L. 25 § 16 D. 10, 2. L. 8 § 2. L. 10 pr. L. 20. 26. 28 D. 10, 3.

[29] L. 9. 11 D. 10, 3. L. 25 D. eod. L. 26 D. 8, 2. L. 4 D. 33, 3. L. 3 § 1. 2 D. 39, 1.—L. 6 § 1 D. 10, 3.—Могутъ ли сособственники предъявлять между собою a. negatoria? *Windscheid* § 169a пр. 3b. *Dernburg* I § 196 пр. 13.—Vindicatio partis между сособственниками L. 3 § 2 L. 4 D. 6, 1.

безъ права отдѣльныхъ socii требовать раздѣла; безъ опредѣленія ихъ долей въ пользованіи вещью; съ правомъ товарищей распоряжаться вещью по большинству голосовъ и т. д. [30].

Глава II. Пріобрѣтеніе и потеря права собственности.

§ 6. Общія замѣчанія.

I. Способы пріобрѣтенія права собственности чрезвычайно разнообразны. Въ обладаніе человѣка поступаютъ новыя вещи, которыя прежде не имѣли хозяина. Изъ старыхъ матеріаловъ приготовляются новыя вещи. Наконецъ, обмѣнъ переноситъ вещи изъ однѣхъ рукъ въ другія. Отсюда является масса различныхъ фактовъ, съ которыми право связываетъ, въ видѣ юридическаго слѣдствія,—пріобрѣтеніе собственности. Эти способы пріобрѣтенія права собственности дѣлятся, главнымъ образомъ, на двѣ категоріи: способы *деривативные*, *производные*, которые заключаютъ въ себѣ преемство (successio), и способы *оригинарные*, *первоначальные*, въ которыхъ такого преемства не заключается. Объ этомъ дѣленіи способовъ пріобрѣтенія правъ вообще мы уже говорили (въ Общей части § 35, II). Какъ было указано, различіе состоитъ въ томъ, что при деривативныхъ способахъ вновь пріобрѣтаемое право опирается на другое право, раньше существовавшее у другого лица (auctor'а). Дѣйствительность и объемъ производнаго права опредѣляются тутъ свойствами права, которое было у правопредшественника. При оригинарномъ способѣ вновь возникающее право опирается только на способъ своего пріобрѣтенія.

II. Деривативные способы пріобрѣтенія права собственности мыслимы, конечно, только по отношенію къ вещамъ, уже стоящимъ въ чьей-либо собственности. Сюда относятся: 1) передача собственности по волѣ прежняго собственника (traditio, завѣщаніе); 2) переходъ собственноости по судебному рѣшенію; 3) переходъ собственности по непосредственному предписанію закона. Во всѣхъ этихъ случаяхъ новый пріобрѣтатель, чтобы доказать свое право, долженъ доказать существованіе права своего предшественника.— Оригинарные способы примѣнимы, какъ къ вещамъ, которыя никогда еще не стояли ни въ чьей собственности, такъ и къ вещамъ, которыя уже имѣли собственника, но утратили его. Къ первой категоріи принадлежитъ, напримѣръ, обыкновенно occupatio, пріобрѣтеніе плодовъ. Ко второй—usucapio, acessio [1].

Мы начнемъ изложеніе со способовъ деривативныхъ.

---

[30] См. *Dernburg* I § 196, II, *Windscheid—Kipp* § 169a въ концѣ. *Gierke* Deutsches Privatrecht, II (1905), § 122.

[1] *Бринцъ* (Pand. I, § 76, пр. 28; § 153, пр. 2, ср. также *Hölder* Pand, стр. 178 сл.. 186. *Girard*, стр. 297, пр. 2) утверждаетъ, что узукапіентъ пріобрѣтаетъ деривативно, а не оригинарно, ибо онъ пріобрѣтаетъ наличную, а не вновь возникающую собственность. Онъ доказываетъ это тѣмъ, что въ результатѣ узукапіи dominium пріобрѣтается tale, quale fuit, т.-е. обремененное всѣми прежде установленными сервитутами и залогами и соединенное со всѣми связанными съ участкомъ сервитутными правами. Но это неправильно: суть деривативнаго преемства не въ томъ, что при немъ сохраняются прежде существовавшія ограниченія права, а въ томъ, что лицо, основывающее пріобрѣтеніе права на дериватив-

§ 7. Передача (traditio).

I. *Traditio.* Тѣлесныя вещи передаются въ собственность другимъ лицамъ прежде всего *по волѣ ихъ собственниковъ.* Право собственности можетъ быть *передано по предсмертному распоряженію*—mortis causa, или же *между живыми*—inter vivos. О первомъ случаѣ рѣчь будетъ въ наслѣдственномъ правѣ. Здѣсь мы займемся вторымъ.

Если собственникъ желаетъ перенести право собственности inter vivos на другое лицо, то по Юстиніанову праву онъ долженъ облечь волю передать право собственности въ опредѣленную форму, именно: передать пріобрѣтателю фактическое *владѣніе вещью*, которая является объектомъ права собственности [1]. Такая *передача владѣнія вещью для переноса права собственности* и составляетъ traditio.

Въ *до-Юстиніановомъ* правѣ traditio была достаточна лишь для res nec mancipi. Для res mancipi существовалъ торжественный способъ—mancipatio. Торжественная in jure cessio примѣнима была къ обоего рода вещамъ. Оба эти способа не предполагаютъ переноса владѣнія, какъ необходимаго условія перехода права собственности. Въ Юстиніановомъ правѣ они исчезли [2].

II. Условія дѣйствительности traditio слѣдующія:

1) При traditio *переходъ владѣнія* къ акципіенту по волѣ традента [3] составляетъ первое необходимое условіе для перехода права собственности. Это условіе *цѣлесообразно.* Во-первыхъ, передача вещи придаетъ видимость акту переноса правъ на вещь; эта видимость или гласность вообще желательна при тѣхъ сдѣлкахъ, которыя устаповляютъ абсолютныя права, дѣйствующія противъ третьихъ лицъ [4]. Во-вторыхъ, такой актъ устанавливаетъ нормальное положеніе вещей, при которомъ собственникъ вещи въ то же

номъ способѣ, должно не только доказать способъ пріобрѣтенія, но и наличность права у передатчика, у auctor'а. Этого нѣтъ при usucapio. Сервитутныя права и залоги, *обременяющіе* вещь, сохраняются, напримѣръ, и тогда, когда вещь была брошена—res derelicta—и затѣмъ захвачена (occupatio) другимъ лицомъ. Отъ этого occupatio не становится деривативнымъ способомъ пріобрѣтенія. Эти права, принадлежащія третьимъ лицамъ, продолжаютъ обременять узукапированную вещь потому, что узукапія вещи ихъ не погасила. Если же узукапіентъ участка пріобрѣтаетъ также связанныя съ нимъ сервитутныя правомочія, то это объясняется тѣмъ, что предіальные сервитуты принадлежатъ именно *всякому* собственнику господствующаго участка, а не только тому собственнику, при которомъ они установлены, и его преемникамъ. См. *Windscheid* § 64, пр. 6 i. f., § 175, пр. 4. *Dernburg* I, § 81, пр. 1.

[1] О природѣ римской традиціи см. *Chlamtacz* Die rechtliche Natur der Tradition im röm. Recht 1897. L. 20 C. 2, 3. L. 50 pr. D. 6, 1. L. 15 C. 3, 32. Относительно L. 23 § 4 C. 1, 2 и L. 1 § 1 L. 2 D. 17, 2, см. *Arndts*, § 145, пр. *Dernburg* I, § 211, пр. 1, 2. *Windscheid* § 171, пр. 2 *Vangerow* I, § 311, пр. 4. Въ рус. лит. ср. ко всему вопросу *Трепицынъ*, Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія. Одесса. 1903 г.

[2] По недосмотру, однако, въ Дигесты перешли рѣшенія, относившіяся къ mancipatio, какъ, напримѣръ, L. 16 D. 23, 5. См. *Dernburg*, I, § 211, пр. 3. *Windscheid* I, § 171, пр. 2.

[3] Но ни въ какомъ случаѣ не противъ его воли. L. 5. 33 D. 41, 2 ср. L. 65 pr. D. 41, 2. L. 14 § 17 D. 47, 2.—L. 2 § 5 D. 39, 5.—L. 9 § 1 D. 23, 3.—Если собственникъ не владѣетъ вещью, то онъ можетъ для традиціи уступить акципіенту свою rei vindicatio и вещь пріобрѣтается акципіентомъ по истребованіи ея этимъ искомъ. L. 21. 47 D. 6, 1 L. 13 C. 8, 27 (28).

[4] Въ современныхъ правахъ этотъ результатъ достигается часто записью въ ипотечныя книги. См. объ этомъ подробно *И. Базановъ*, Происхожденіе современной ипотеки. 1900 г.

время является и ея владѣльцемъ; такимъ образомъ отчасти предупреждаются споры между владѣльцами и собственниками вещей о правѣ на вещь.

Въ виду этого условія, тѣ сдѣлки, въ которыхъ стороны только выражаютъ свое *намѣреніе перенести право собственности* (напримѣръ договоръ купли-продажи, обѣщаніе подарить), сами по себѣ по римскому праву собственности не переносятъ. Онѣ установляютъ лишь *обязательственное право*, уполномочивающее одну изъ сторонъ требовать отъ другой переноса права собственности [5]. Онѣ служатъ *титуломъ* для переноса права собственности, а слѣдующая за ними традиція является *способомъ* переноса собственности (modus acquirendi въ отличіе отъ titulus acquirendi, см. Общ. ч. § 35, 1).

Только въ немногихъ случаяхъ переносъ права собственности между живыми совершается *безъ реальной передачи самой вещи*. Мы разумѣемъ т. наз. constitutum possessorium и traditio brevi manu, о которыхъ рѣчь будетъ ниже, въ отдѣлѣ о юридическомъ владѣніи (см. ниже § 22, IV и V).

2) Вторымъ условіемъ дѣйствительности передачи собственности черезъ traditio является *легимитація традента*. Это значитъ, что лицо, передающее вещь другому въ собственность, должно само имѣть право собственности на вещь; въ противномъ случаѣ пріобрѣтатель не сдѣлается собственникомъ [6]. Это условіе есть слѣдствіе общаго принципа всякой successio: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet (см. Общ. ч., § 35). Конечно, вмѣсто самого собственника могутъ переносить право собственности и надлежащимъ образомъ уполномоченные законные и добровольные *представители* собственника [7].—Кромѣ того, собственность на заложенную вещь можетъ перенести продающій ее *залогоприниматель* [8].— Въ видѣ особой привилегіи *фискъ*, *императоръ и его супруга* переносятъ право собственности путемъ traditio, даже если они не были собственниками переданной вещи. О тѣхъ особыхъ случаяхъ, когда традиція, сдѣланная несобственникомъ, въ результатѣ даетъ акципіенту положеніе, вполнѣ тожественное съ положеніемъ собственника (поср. exceptio rei venditae et traditae), сказано будетъ въ отдѣлѣ о владѣніи (§ 26, III).

3) Третьимъ условіемъ традиціи является *соглашеніе сторонъ о переходѣ права собственности*. Традентъ долженъ имѣть волю передать вещь въ господство акципіента—animus dominii transferendi. Акципіентъ долженъ имѣть волю стать собственникомъ вещи—animus dominii accipiendi [9]. Дѣло въ томъ, что передача вещи можетъ совершаться и не для переноса права собственности, а для разныхъ другихъ цѣлей (напр. вещь можетъ быть передана во временное пользованіе).

Воля традента и акципіента должны быть согласованы въ трехъ пунктахъ: что передается а) право *собственности* (а не простое, напр., держаніе вещи), b) данному *лицу* [10], c) на данную *вещь* [11]. Если они расходятся во мнѣніяхъ

---

[5] L. 6 C. 4, 39.
[6] L. 20 pr. § 1. D. 41, 1.
[7] § 42. 43. J. 2, 1. L. 9 § 4 D. 41, 1. L. 5 § 1 D. 49, 14.
[8] L. 46 D. 41, 1. § 1 J. 2, 8.
[9] § 40 J. 2, 1. L. 9 § 3 D. 41, 1. L. 55 D. 44, 7. Ср. еще L. 35 D. 41, 1. L. 15 § 2 D. 18, 1. L. 49 D 17, 1 и къ этому *Arndts* § 145, пр. 2. *Windscheid* § 172, пр. 10. *Vangerow* I, § 311, пр. 3.
[10] L. 37 § 6 D. 41, 1. L. 43 § 1 D. 47, 2. L. 13 D. 39, 5. *Windscheid* § 172, пр. 12 и 13. *Arndts* § 145, пр. 3.
[11] L. 2 § 6 D. 41, 4. L. 34 pr. § 1 D. 41, 2

по одному изъ этихъ пунктовъ, то традиція ничтожна, и собственность не переходитъ.

Изъ этого слѣдуетъ, что традиція есть сочетаніе двухъ воль, т.-е. *договоръ,* притомъ договоръ *вещный,* т. к. онъ устанавливаетъ вещное, а не обязательственное право. Договоръ этотъ отличается нѣкоторыми особенностями: онъ можетъ быть совершенъ съ неопредѣленнымъ лицомъ (напр. киданіе денегъ въ толпу — т. наз. jactus missilium [12]; выставка автоматическихъ аппаратовъ для продажи).

Большею частью не нужно особо оговаривать, что стороны имѣли въ виду перенести именно право собственности. Это можетъ съ очевидностью вытекать изъ той сдѣлки, которая предшествовала традиціи и служитъ ея основаніемъ. Есть сдѣлки, на основаніи которыхъ традиція обыкновенно совершается для переноса права собственности (напр. купля-продажа, дареніе). Но если переносъ права собственности совершается не на основаніи подобнаго рода сдѣлки, то необходимо особо оговорить, что переносится именно право собственности. (Напр., я даю кому-либо порученіе завѣдывать моимъ имуществомъ во время моего отсутствія и ради удобства дѣлаю его собственникомъ моихъ вещей) [13].

III. Большія трудности представляетъ вопросъ о т. наз. causa traditionis. Переносъ права собственности всегда совершается, какъ ясно изъ предыдущаго изложенія, для какой-либо дальнѣйшей цѣли. Я могу передать право собственности на раба, чтобы подарить его (donandi causa), или чтобы выполнить этимъ заранѣе заключенное обязательство (напр. куплю-продажу вещи: solvendi causa), или чтобы установить приданое (dotis causa) и т. п. Однимъ словомъ, самый переносъ собственности, *самая традиція въ цѣломъ* (какъ передача вещи для переноса собственности на нее) можетъ имѣть *и всегда имѣетъ какую-либо цѣль, какую-либо causa* [14] (см. Общ. ч. § 43). Спрашивается, достаточно ли для перехода права собственности по традиціи, чтобы стороны согласились о томъ, что путемъ передачи владѣнія вещью переносится именно право собственности на нее (а не право временнаго пользованія напр.), или же слѣдуетъ требовать еще, чтобы стороны были согласны относительно той causa, той цѣли, для которой право собственности переносится? Такъ, напримѣръ: А дастъ В деньги въ собственность съ цѣлью совершить дареніе (donandi causa); В принимаетъ эти деньги также въ собственность, но думаетъ, что они даются ему для установленія обязательства займа (credendi causa). Оба лица согласны о томъ, что передается право собственности на деньги, но они разногласятъ (dissentiunt) о томъ, для какой цѣли (causa) это дѣлается. Переходитъ ли собственность?

Согласно одному тексту въ Дигестахъ Юстиніана, взятому изъ сочиненія юриста *Юліана* [15], въ подобномъ случаѣ собственность должна перейти.

---

[12] § 46 J. 2, 1. L. 9 § 7 D. 41, 1. Cf. L. 5 § 1 D. 41, 7. *Dernburg* I, § 213, пр. 4.

[13] Gai 2, 60.

[14] L. 31 pr. D. 41, 1. L. 67 (65) § 4 D. 36, 1. Ulp. 19, 7. Gai 2, 20.

[15] L. 36 D. 41, 1. Julianus 13 dig. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Этотъ текстъ признаетъ традицію *абстрактнымъ договоромъ*, сила котораго не зависитъ отъ той causa, ради которой онъ совершается. Если между сторонами не произошло соглашенія относительно этой causa, или если эта causa (т.-е. цѣль переноса права собственности) не достигнута по другимъ причинамъ, то собственность все-таки переходитъ, а то обстоятельство, что цѣль не достигнута, порождаетъ только въ пользу традента *обязательственный искъ* о возвратѣ ему стоимости имущества, которое перенесено имъ для цѣли, оказавшейся недостигнутой (condictio sine causa).

Противоположное воззрѣніе на этотъ вопросъ выражено, однако, въ другомъ фрагментѣ Дигестъ, взятомъ изъ сочиненій юриста *Ульпіана*[16]. Современные ученые большею частью отдаютъ предпочтеніе рѣшенію Юліана, которое признаетъ традицію абстрактнымъ договоромъ[17].

Если цѣль, для которой совершается traditio, закономъ *запрещена*, то право собственности не переходитъ; другими словами, необходима *justa causa* traditionis (напр., собственность не переходитъ при дареніи между мужемъ и женой, при дареніи свыше дозволенной мѣры безъ совершенія insinuatio)[18].

IV. Право собственности можетъ быть перенесено подъ суспензивнымъ и резолютивнымъ условіемъ[19], съ прибавленіемъ отлагательнаго или отмѣнительнаго срока (см. Общ. ч. § 42, IV, 2). Относительно перехода собственности на основаніи купли-продажи существовало еще со времени XII таблицъ особое правило[20]: если цѣна за купленную вещь не уплачена и не состоялось соглашенія объ отсрочкѣ ея уплаты, то собственность на вещь не считается перешедшей, пока цѣна не будетъ уплачена. Въ этомъ случаѣ traditio по закону считается совершенной какъ бы подъ суспензивнымъ условіемъ уплаты цѣны.

V. Наконецъ, традиція можетъ оказаться недѣйствительной вслѣдствіе наличности особаго *запрещенія отчуждать*. Такія запрещенія возникаютъ или по закону, или по судебному рѣшенію, или по договору, или по завѣщанію.

Законныя запрещенія отчуждать появляются въ большомъ количествѣ во время имперіи и весьма затрудняютъ оборотъ. Напр., запрещено отчуждать вещи, о которыхъ ведется процессъ (Общ. ч. § 57 въ концѣ); мужъ не имѣетъ права отчуждать земельный участокъ, данный въ приданое (см. Сем. пр. § 7, I); опекунъ не можетъ отчуждать имущество опекаемаго безъ со-

---

[16] L. 18 pr. D. 12, 1. Ulpianus 7 disp. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum· et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

[17] *Girard* стр. 91 сл. *Windscheid* § 172, пр. 15. *Dernburg* I, § 213, пр. 9; § 95. *Arndts* § 145, пр. 5. *Vangerow* I, стр. 573 сл. Cf. *Ferrini* §§ 306—8.—Въ виду абстрактнаго характера традиціи, для ея дѣйствительности не требуется, чтобы causa существовала уже до traditio (L. 7 § 3 D. 23, 3. Dig. 12, 4); чтобы она вообще была дѣйствительна (Dig. 12, 6) или чтобы она одобрялась правомъ (L. 5 § 1 D. 12, 7. L. 1 § 2 L. 2 D. 12, 5), лишь бы она правомъ не была прямо *запрещена* (см. ниже).

[18] L. 5 § 18 L. 36 pr. D. 24, 1. L. 1 § 2 D. 41, 6. Ulp. 19, 7. Общая ч. § 44.

[19] L. 38 § 1 in f. D. 41, 2. L. 2 § 5 D. 39, 5. cf. L. 9 § 1 D. 23, 3. О такъ наз. pactum reservati dominii см. *Windscheid* § 172, 7. *Dernburg* I, § 215, 3. *Vangerow* I, § 311, пр. 2.

[20] § 41 J. 2, 1. L. 19. 53 D. 18, 1.

гласія опекунскихъ властей (см. Сем. пр. § 21, IV) и т. д.[21] По общему правилу отчужденіе вещи вопреки такому законному запрещенію считается ничтожнымъ[22]. Подъ отчужденіемъ въ данномъ случаѣ разумѣется также обремененіе вещи ипотекой или предіальнымъ сервитутомъ[23] и даже умышленное допущеніе usucapio вещи со стороны третьяго лица; такая умышленно допущенная usucapio вопреки запрещенію отчуждать также ничтожна[24].

Аналогичное значеніе имѣютъ запрещенія отчуждать, налагаемыя *судомъ*[25].

Договоры, по которымъ стороны обязываются не отчуждать извѣстной вещи, не имѣютъ вещнаго эффекта; отчужденіе, совершенное вопреки имъ, дѣйствительно; нарушеніе договора порождаетъ лишь искъ объ убыткахъ[26]. *Завѣщательныя* запрещенія отчуждать сами по себѣ силы не имѣютъ. Но они могутъ установить для третьяго лица такое право на вещь, которое дѣлаетъ ничтожнымъ ея отчужденіе. Въ частности это имѣетъ мѣсто, если запретъ отчужденія сдѣланъ въ цѣляхъ установленія фидеикоммисса въ пользу опредѣленныхъ лицъ или членовъ семьи[27].

§ 8. Остальные деривативные способы пріобрѣтенія.

I. *Переходъ собственности по судебному рѣшенію.* Судья въ спорѣ о собственности не создаетъ новаго права собственности для выигравшей стороны, а только признаетъ за ней принадлежавшее ей уже прежде право собственности[1]. Бываютъ, однако, случаи, когда собственность возникаетъ непосредственно въ силу судебнаго рѣшенія. Главнымъ образомъ, сюда относятся иски о раздѣлѣ общаго имущества (actiones divisoriae, т.-е. a.communi dividundo, familiae erciscundae и finium regundorum). Здѣсь судья уполномоченъ одно состояніе вещныхъ правъ сособственности замѣнить другимъ. Онъ можетъ или установить (adjudicare) для прежнихъ сособственниковъ право собственности на реальныя части вещи, или же присудить всю вещь одному изъ сособственниковъ въ полную собственность, и заставить его деньгами вознаградить другихъ и т. д.[2]. Во всѣхъ этихъ случаяхъ пріобрѣтеніе собственности наступаетъ непосредственно въ результатѣ судебнаго рѣшенія[3] и обусловлено тѣмъ, что присуждаемый объектъ прежде принадлежалъ въ об-

[21] Всѣ эти запреты перечислены у *Windscheid*, I, § 172a, пр. 1. См. также *Баронъ* § 127. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 100, I, § 101, II.

[22] На ничтожность можетъ ссылаться и самъ отчуждатель. L. 16 C. 5, 71. L. 1 C. 10, 34 (33). L. 7 C. 11, 48 (47). *Windscheid* § 172a, 1.

[23] L. 3 § 5 D. 27, 9. L. 7 C. 4, 51.

[24] L. 28 D. 50, 16. L. 16 D. 23, 5. *Dernburg* I, § 217, пр. 5, ср. *Windscheid* § 182, пр. 14. -Общ. ч. § 36, III, 2.—О значеніи обязательственныхъ договоровъ о воспрещеніи отчужденія см. *Dernburg* I, § 217, пр. 7. *Windscheid* § 172a, пр. 1.

[25] L. 12 D. 41, 3. L. 7 § 5 D. 41, 3 cf. L. 8 in f. D. 50, 12.

[26] L. 21 § 5 D. 19, 1. L. 135 § 3 D. 45, 1. L. 9 C. 4, 54. Cf. L. 61 D. 2, 14. *Dernburg* I, § 217, пр. 11. Относительно L. 7 § 2 D. 20, 5, см. *Dernburg* I, § 9, пр. 8. *Windscheid* § 172a, пр. 8.

[27] L. 114 § 14 D. 30. L. 69 § 3 L. 77 § 27 D. 31. *Windscheid* § 172a, пр. 5.

[1] О значеніи неправильнаго судебнаго рѣшенія см. *Dernburg* I § 218, 1. *Girard* стр. 310 пр. 3.

[2] § 4—6 I. 4, 17. L. 12 § 2 L. 16 § 1 L. 36 L. 44 § 1 L. 47 pr. L. 55 D. 10, 2. L. 6 § 8. 9 L. 19 § 3 D. 10, 3. L. 3 C. 3, 37.

[3] § 7 I. 4, 17. Cf. Ulp. 19, 16. L. 45 D. 2, 14.

щую собственность именно спорящимъ сторонамъ, а не другимъ лицамъ [4]. Это, слѣдовательно, successio—деривативное пріобрѣтеніе права [5].

II. *Переходъ собственности по закону.* По непосредственному предписанію закона собственность переходитъ иногда въ наказаніе собственнику (см. Общ. § 36, III, I). Такъ, въ собственность казны поступаютъ вещи, не оплаченныя пошлиной [6]. Если одинъ изъ родителей вступитъ во второй бракъ (parens binubus), то собственность на имущество, полученное имъ отъ перваго брака, достается дѣтямъ [7]. Участникъ въ общей собственности на домъ можетъ потерять свою часть въ condominium, если въ теченіе 4 мѣсяцевъ не возмѣститъ причитающейся на его долю части издержекъ на ремонтъ дома, затраченныхъ сособственникомъ; утраченную имъ часть pro indiviso пріобрѣтаетъ сособственникъ, произведшій ремонтъ [8]. Лицо, самоуправно отнявшее свою вещь у владѣльца, теряетъ право собственности на эту вещь въ пользу владѣльца [9].

§ 9. Оригинарные способы пріобрѣтенія собственности.

I. *Occupatio rei nullius.* Вещи, не имѣющія въ данный моментъ собственника, но способныя быть предметомъ частнаго обладанія (ср. Общ. ч. § 32, 33), по общему правилу дѣлаются собственностью того, кто первый оккупируетъ ихъ L. 3 pr. D. 41, 1, Gajus 3 cott. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.—Оккупаціей называется *захватъ во владѣніе безхозяйной вещи съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ.* Для наличности захвата недостаточно нахожденія вещи и попытки ею завладѣть, но требуется доведенное до конца завладѣніе [1].

Оккупаціи подлежатъ слѣдующія вещи:

1. Вещи, *не имѣвшія еще собственника.* Сюда относятся, напр., продукты моря [2], образовавшіеся въ морѣ острова [3], рѣчной ледъ и т. п. Сюда же относятся *дикія животныя, птицы и рыбы* [4]. По римскому праву всякій, кто захватитъ или убьетъ дикое животное хотя бы на чужой землѣ, дѣлается его собственникомъ. Римляне не знали исключительнаго права охоты, принадлежащаго государству, землевладѣльцамъ или инымъ лицамъ. У новыхъ народовъ это исключительное право охоты составляетъ общее правило; тотъ, кто захватываетъ дикое животное, не имѣя на то права, не дѣлается его собственникомъ [5]. По римскому праву собственникъ земли, конечно, могъ воспретить доступъ на нее для охоты [6] и въ случаѣ нарушенія запрета могъ

---

[4] Arg. L. 17 D. 41, 3. L. 7 pr. D. 6, 2.

[5] Другіе случаи перехода собственности по опредѣленію суда см. у *Girard*, стр. 312 *Windscheid* § 173.

[6] См. Общ. ч. § 36, III, 1. Подробности у *Girard* стр. 312 пр. 4. *Arndts*, § 147.

[7] Сем. пр. § 12, II, 1. Ист. римск. пр. § 97, I.

[8] Выше § 5, IV, 2 пр. 21.

[9] Общ. ч. § 55, I въ концѣ. Ист. рим. пр. § 101 пр. 11.

[1] См. L. 5 § 1 D. 41, 1. Ниже § 22, IV. Bona fides не требуется arg. L. 9 § 4 D. 22, 6. *Dernburg* I § 203 пр. 3. *Windscheid* § 184 пр. 1.

[2] § 18 I. 2, 1. L. 1 § 1 D. 41, 2.

[3] § 22 I 2, 1. L. 7 § 3 D. 41, 2

[4] § 12—16 I. 2, 1. L. 1 § 1—2. 5 L. 55 D. 41, 1 cf. L. 44 eod.

[5] *Windscheid* § 184 пр. 5. *Dernburg* I § 203 пр. 14.

[6] L. 3 § 1 D. 41, 1.

предъявить искъ къ виновному и требовать возмѣщенія убытковъ (средствомъ защиты служили, вѣроятно, a. injuriarum и владѣльческіе интердикты)[7]. Поэтому фактически и у римлянъ охота могла служить доходомъ землевладѣльца, вслѣдствіе чего она иногда причисляется юристами къ fructus fundi (см. Общ. ч. § 31, V).

2. Вещи, *отъ которыхъ собственникъ отказался*, т.-е. бросилъ ихъ съ намѣреніемъ утратить право собственности,—res derelictae—также подлежатъ оккупаціи[8].

Въ силу спеціальнаго постановленія римскихъ императоровъ христіанской эпохи можно было также сдѣлаться собственникомъ подлежащаго земельному налогу участка, отъ котораго собственникъ не отказался, а который онъ только оставилъ безъ обработки; для этого нужно было приступить къ его обработкѣ. Покинувшій участокъ собственникъ сохранялъ въ теченіе двухъ лѣтъ право виндикаціи, но былъ обязанъ при этомъ возмѣстить оккупанту издержки на обработку[9].

Если вещь не брошена собственникомъ окончательно, а только *потеряна*, то находчикъ ея (т.-е. лицо, которое замѣтило и взяло ее) не дѣлается ея собственникомъ; присвоивая ее или отчуждая, онъ совершаетъ furtum[10]. Если находчикъ намѣренъ вернуть вещь ея собственнику, то онъ разсматривается, какъ negotiorum gestor, съ правами и обязанностями такового[11]; поэтому онъ можетъ вытребовать отъ хозяина вещи расходы, затраченные имъ на храненіе вещи и на розысканіе хозяина. Особаго вознагражденія за находку римское право не установляло[12].

3. Оккупаціи подлежатъ по римскому праву также *вещи враговъ*; онѣ считаются безхозяйными[13]. Земля, захваченная у враговъ, дѣлается ager publicus[14].

4. Особыя положенія установлены относительно *клада—thesaurus*. Такъ называется сокрытое имущество, собственникъ коего за давностью времени розысканъ быть не можетъ. L. 31 § 1 D. 41, 1. Paulus 31 ed. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Многіе ученые сопоставляютъ находку клада съ occupatio rei nullius[15]. Но это неправильно: находка клада—институтъ sui generis, во многомъ отличающійся отъ захвата безхозяйныхъ вещей[16]. По *древнеримскому воззрѣнію* кладъ, повидимому, считался за accessio къ земельному участку и принадлежалъ собственнику послѣдняго[17]. Лицо, нашедшее кладъ,

---

[7] Ср. L. 3 § 2 D. 43, 17 *Dernburg* I § 203 пр. 11. *Girard* стр. 314 пр. 3.

[8] § 47. 48 I. 2, 1. L. 9 § 8 D. 41, 1. D. 41, 7. *Girard* стр. 314 пр. 8. *Dernburg* I § 223 пр. 2.

[9] L. 8 C. 11, 59 (58) *Windscheid* § 174 пр. 5. *Vangerow* I § 313. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 101 пр. 10.

[10] L. 67 D. 6, 1. L. 43 § 7 D. 47, 2 Cf. L. 9 § 8 D. 41, 1.

[11] *Dernburg* I § 206. 5. *Windscheid* § 184 пр. 7.

[12] L. 43 § 9 D. 47, 2. Что дѣлать съ находкой, если хозяинъ ея не можетъ быть отысканъ? *Windscheid* § 184 пр. 7.

[13] § 17 I. 2, 1 L. 5 § 7 L. 5 § 1 D. 41, 1.

[14] L. 20 § 1 D. 49, 15. Подробности обо всемъ этомъ у *Girard* стр. 314. *Ferrini* § 278.

[15] См. напр. *Windscheid* § 184.

[16] Это—воззрѣніе *Дернбурга* (Pand. I. § 206). См. также *Girard* стр. 314 сл. *Ferrini* стр. 359 пр. 1, стр. 362 пр. 1. Ср. *Costa*, Corso di storia II стр. 50 сл.

[17] L. 3 § 3 D. 41, 2. Plautus, Trinummus, I, 2, 104 sqq.

ничего не получало. Эти нормы были измѣнены имп. *Адріаномъ*, который стремился согласить интересы находчика и землевладѣльца [18]. Кладъ по его закону дѣлится пополамъ между находчикомъ и землевладѣльцемъ. Если же находчикъ умышленно искалъ кладъ на чужой землѣ, то весь кладъ достается землевладѣльцу [19].

Землевладѣлецъ становится собственникомъ своей части, которая продолжаетъ быть для него составною частью (accessio) земельнаго участка [20]. Находчикъ же получаетъ собственность на другую половину въ награду за то, что вернулъ обществу утраченную цѣнность; поэтому половину клада получаетъ тотъ, кто открылъ кладъ, и не тотъ, кто послѣ открытія первый оккупировалъ его [21].—Аналогичныя правила примѣняются въ томъ случаѣ, если кладъ найденъ въ движимой вещи [22].

II. *Specificatio*. Этимъ именемъ называется такая переработка матеріала, вслѣдствіе которой возникаетъ *новая вещь*. Въ какихъ случаяхъ можно сказать, что переработка привела къ созданію новой вещи,—этого заранѣе точно опредѣлить нельзя. Рѣшаютъ въ каждомъ данномъ случаѣ воззрѣнія, существующія въ оборотѣ [23]. Источники указываютъ, что спецификаціей будетъ, напр., сооруженіе корабля или мебели изъ досокъ, изготовленіе вазы изъ массы металла и т. п. [24]; не будетъ спецификаціей окрашиваніе вещи, обмолотъ зеренъ изъ колосьевъ [25].

Какія послѣдствія возникаютъ, если спецификаціи подвергся *чужой матеріалъ*, т.-е. кто будетъ собственникомъ вещи, сдѣланной изъ чужого матеріала: хозяинъ матеріала или спецификаторъ? По поводу этого вопроса между классическими юристами существовалъ споръ [26]: сабиніанцы главное значеніе придавали матеріи, а не формѣ, и собственность на новую вещь оставляли за собственникомъ матеріала; прокулеянцы считали собственникомъ новой вещи ея изготовителя. Разногласіе между школами юристовъ объясняется тѣмъ, что прокулеянцы находились подъ вліяніемъ натуръ-философскихъ ученій Аристотеля и его послѣдователей, а сабиніанцы опирались на ученія стоиковъ [27].

Въ *юстиніановомъ* правѣ санкціонировано среднее рѣшеніе [28]—media sententia: новая вещь принадлежитъ хозяину матеріала, если она можетъ быть превращена въ прежній видъ (таковы, напр., всѣ металлическія издѣлія); она принадлежитъ спецификатору, если не можетъ быть приведена въ прежній видъ. Наконецъ, если часть матеріала принадлежала спецификатору, то новая вещь во всякомъ случаѣ дѣлается его собственностью [29].

---

[18] § 39 I. 2, 1.

[19] L. 1 § 1 C. 10, 15.- О кладѣ, найденномъ въ locus sacer или religiosus § 39 I. 2, 1 ср. съ L. 3 § 10 D. 49, 14. См. *Girard* стр. 315 пр. 5. *Dernburg* I § 206 пр. 11.

[20] Arg. § 39 I. cit. L. 63 D. 41, 1. L. 3 § 10 D. 49, 14. *Dernburg* I § 206 пр. 5.

[21] Arg. § 39 I cit. L. 31 § 1 D. 41, 1. L. 63 § 1 D. eod. *Dernburg* I § 206 пр. 7.

[22] L. 67 D. 6, 1. *Dernburg* I § 206 пр. 10. *Windscheid* § 184 пр. 11. Объ обычаѣ зарывать клады въ древности см. *Seeck*, Gesch. d. Unterg. d. ant. Welt, т. II, стр. 201.

[23] *Windscheid* § 184 пр. 4a.

[24] § 25 I. 2, 1.

[25] L. 26 § 2 D. 41, 1 L. 9 § 1 eod.—L. 7 § 7 in. f. D. 41, 1. Ср. § 25 I. 2, 1. *Dernburg* I § 204, пр. 6.

[26] Gai 2, 79.

[27] См. *Sokolowski* Die Philosophie im Privatrecht, I § 4.

[28] § 25 I. 2, 1. L. 12 § 1 L. 24 D. 41, 1. L. 5 § 1 D. 6, 1.

[29] § 25 I. 2, 1. *Windscheid* § 187 пр. 4. Объ основаніи всѣхъ этихъ нормъ см. *Ferrini* § 283. *Windscheid* § 187 пр. 2 *Costa*, II, стр. 52 сл.

Нѣкоторые современные изслѣдователи вносятъ еще одно ограниченіе: они полагаютъ, что спецификаторъ могъ сдѣлаться собственникомъ лишь при bona fides съ его стороны, т.-е. когда онъ не зналъ, что матеріалъ, изъ котораго онъ готовитъ вещь, чужой. Главнымъ основаніемъ для этого мнѣнія служитъ то обстоятельство, что въ случаѣ кражи матеріала источники даютъ его хозяину condictio furtiva (см. Общ. ч. § 15, IV), предметомъ которой является возмѣщеніе стоимости самой вновь сдѣланной вещи, а не одного только матеріала (L. 52 § 14 D. 47, 2); а такъ какъ condictio furtiva дается лишь собственнику (L. 1 D. 13, 1), то изъ этого заключаютъ, что въ случаѣ кражи матеріаловъ потерпѣвшій и послѣ ихъ спецификаціи воромъ остается собственникомъ новой вещи [30].

Нѣкоторые думаютъ, впрочемъ, что и добросовѣстный спецификаторъ долженъ былъ *вознаградить хозяина матеріала* въ размѣрахъ своего обогащенія (condictio sine causa) [31].

§ 10. Оригинарные способы пріобрѣтенія (продолженіе).

III. *Пріобрѣтеніе плодовъ.* Изъ общей части (§ 31, V) мы уже знаемъ, что плодами называются тѣ вещи, которыя періодически получаются изъ другой вещи вслѣдствіе ея хозяйственной эксплоатаціи, и что плоды до ихъ отдѣленія считаются составными частями производящей вещи и только съ момента отдѣленія обращаются въ самостоятельныя вещи. Спрашивается: какія лица и въ какой моментъ получаютъ право собственности на отдѣленные отъ главной вещи плоды?

a) *Собственникъ* производящей вещи (мы имѣемъ въ виду, главнымъ образомъ, земельные участки; то, что сказано о нихъ, примѣняется и къ другимъ вещамъ, приносящимъ плоды) пріобрѣтаетъ право собственности на плоды съ самаго момента ихъ *отдѣленія,* даже если бы онъ не владѣлъ участкомъ, и плоды захватилъ кто-либо другой, неуправомоченный къ полученію права собственности на плоды (напр., malae fidei possessor участка) [1].

b) Такое же право имѣетъ *эмфитевта* [2].

c) *Узуфруктуаръ* пріобрѣтаетъ право собственности на плоды не съ момента ихъ отдѣленія, а съ момента *завладѣнія ими* (perceptio) [3]. При этомъ не требуется, чтобы perceptio совершилась по волѣ собственника: если собственникъ запретилъ узуфруктуару перцепцію, а она тѣмъ не менѣе была совершена, право собственности все-же пріобрѣтается узуфруктуаромъ.

d) Въ иномъ положеніи находятся лица, которыя пользуются чужимъ участкомъ не въ силу вещнаго, а *обязательственнаго права,* напримѣръ, наниматель. Они пріобрѣтаютъ право собственности на плоды какъ-бы въ

---

30 См. также L. 12 § 3 D. 10, 4. L. 4 § 20 D. 41, 3. *Dernburg.* I § 204 пр. 10. *Windscheid* § 187 пр. 3. *Girard,* стр. 316 пр. 5. *Ferrini,* стр. 368 пр. 2.

31 *Dernburg* I § 204 пр. 11. *Windscheid* § 187 пр. *Girard,* стр. 317.

1 L. 25 pr. § 1 D. 22, 1 L. 2. 6 D. 41, 1 L. 5 § 2 D. 6, 1. § 19 I. 2, 1. Въ русск. лит. см. *Кремлевъ,* Сепарація, какъ способъ пріобрѣтенія плодовъ 1868 г. *Петражицкій.* Право добросовѣстнаго владѣльца на доходы, изд. 2, 1902 г.

2 L. 25 § 1 D. 22, 1.

3 L. 25 § 1 D. 22, 1 L. 12 § 5 D. 7, 1. L. 13 D. 7, 4. § 36 I 2, 1.—О приплодѣ отъ скота см. L. 28 pr. D. 22, 1 § 37 I. 2, 1 и къ этому, съ одной стороны *Dernburg,* I, § 205, пр. 6, съ другой—*Arndts,* § 156, пр. 1. *Windscheid,* § 186, пр. 5. O. L. 69 и 70 D. 7, 1 см. *Girard,* стр. 363, пр. 2.

силу *traditio* послѣднихъ со стороны собственника, т.-е. когда совершаютъ perceptio плодовъ *по его волѣ*. Если собственникъ земли вопреки содержанію арендного договора запретитъ арендатору снимать плоды, то онъ отвѣчаетъ по договору за нанесенные этимъ убытки, но арендаторъ, снявъ плоды вопреки запрету собственника, не дѣлается ихъ собственникомъ [4].

e) Наконецъ, право на плоды имѣетъ *добросовѣстный владѣлецъ* чужого участка (bonae fidei possessor). Вопросъ о конструкціи его права на плоды очень споренъ. Затрудненіе состоитъ въ слѣдующемъ: мы находимъ въ источникахъ положеніе, согласно которому bonae fidei possessor [5] становится собственникомъ плодовъ съ момента ихъ *отдѣленія* [6]. Съ другой стороны, источники указываютъ, что если приносящая плоды вещь виндицируется у него, то онъ обязанъ выдать истцу вмѣстѣ съ вещью всѣ отдѣленные, но *еще не потребленные имъ до начала процесса плоды* (*fructus extantes*) [7]. Если бы начало собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды было проведено вполнѣ послѣдовательно, то онъ не обязанъ бы былъ выдавать виндиканту никакихъ плодовъ. Затрудненіе увеличивается тѣмъ, что иногда эти два положенія соединяются вмѣстѣ такимъ образомъ: „bonae fidei possessor пріобрѣтаетъ собственность на собранные плоды naturali ratione (pro cultura et cura), а потому: если у него затѣмъ виндицируется участокъ его собственникомъ, то онъ не долженъ выдавать потребленные уже плоды“ (§ 35 I. 2, I). Изъ перваго положенія слѣдуетъ не этотъ выводъ, а болѣе широкій: b. f. possessor, какъ собственникъ отдѣленныхъ плодовъ, не долженъ бы былъ выдавать виндиканту никакихъ плодовъ [8].

IV. *Пріобрѣтеніе по береговому праву* [9]. Flumina publica не стоятъ ни въ чьей частной собственности; но берега ихъ могутъ быть предметомъ частнаго обладанія. Берега рѣки измѣняются отъ напора воды. Отсюда вытекаетъ нѣсколько способовъ пріобрѣтенія собственности.

a) *Alveus mutatus*. Если flumen publicum мѣняетъ теченіе, то вновь занятое русло дѣлается res nullius (Общ. ч. § 33 пр. 20); покинутое же русло дѣлится между прибрежными владѣльцами [10].

b) *Insula in flumine nata*. Если въ flumen publicum возникъ островъ, то онъ также переходитъ къ прибрежнымъ владѣльцамъ [11]. Границы опредѣляются такъ: посреди рѣки проводится линія параллельно берегамъ; къ этой линіи опускаются перпендикуляры отъ точекъ соприкосновенія участковъ на берегу [12].

---

[4] L. 62 (61) § 8 D. 47, 2 L. 4 § 1 D. 12, 1.

[5] Possessio ad usucapionem не требуется L. 48 pr. § 1 D. 41, 1, но bona fides должна быть налицо въ моментъ отдѣленія плодовъ. L. 48 § 1 D. 41, 1; ср. впрочемъ. L. 25 § 2 D. 22, 1.

[6] L. 48 pr. D. 41, 1. L. 25 § 1 D. 22, 1 L. 4 § 19 D. 41, 3. L. 48 § 5 D. 47, 2. L. 1 § 2 D. 20, 1. § 35 I 2, 1.

[7] L. 22 C. 3, 32. § 35 I. 2, 1.

[8] См. объ этомъ въ рус. лит. *Петражицкій*. Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы, изд. 2. 1902 г. Его мнѣніе принимаетъ *Dernburg*, I, § 205. Ср. *Windscheid*, § 186, пр. 12. *Arndts*, § 156, пр. 3. *Ferrini* § 289. *Costa*, II тр. 64 сл.

[9] См. въ рус. лит. *Юшкевичъ*. Ученія Пандектъ о намывѣ, юрид. природѣ русла публ. рѣкъ, объ островахъ въ публ. рѣкахъ возникающихъ, и сочиненія римскихъ землемѣровъ, 1895—1897 г.

[10] § 23 I. 2, 1. L. 30 § 1 L. 56 § 1 D. 41, 1.

[11] § 22 I. 2, 1. L. 7 § 3 D. 41, 1. L. 29. 30 pr. § 2 L. 65 § 1 D. eod L. 1 § 6 D. 43, 12.

[12] Подробности см. у *Windscheid*, § 185, пр. 1. Ср. *Dernburg*, § 207, пр. 11.

c) *Avulsio.* Если отъ одного участка оторвана часть земли и прибита теченіемъ къ другому, то, когда она прочно прикрѣпится (корнями деревьевъ въ особенности) къ этому второму участку, она перестаетъ быть самостоятельной вещью и поступаетъ, какъ accessio (см. Общ. ч. § 30, II), въ собственность того лица, которому принадлежитъ этотъ участокъ [13].

d) *Alluvio.* Постепенный намывъ земли къ прибрежному участку дѣлается собственностью обладателя послѣдняго [14].

Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ имѣется пріобрѣтеніе путемъ *accessio:* вновь пріобрѣтаемая земля разсматривается не какъ самостоятельная вещь, а какъ составная часть того участка земли, къ которому она присоединяется. Поэтому на нее распространяются всѣ тѣ юридическія отношенія, которыя были установлены по отношенію къ старому участку (напр. узуфруктъ). При insula in flumine nata и alveus mutatus, напротивъ, прибрежные владѣльцы пріобрѣтаютъ въ собственность новые, самостоятельные участки земли [15].

V. *Соединеніе вещей.* Возможно соединеніе движимой вещи съ недвижимой или движимой съ движимой.

A. Соединеніе *движимой вещи съ недвижимой* имѣется въ слѣдующихъ случаяхъ:

α) *Avulsio* и *alluvio*, только что разсмотрѣнныя съ другой точки зрѣнія.

β) *Plantatio* и *satio.* Если что-либо посѣяно или посажено на чужой землѣ, то растенія становятся составной частью земли и, какъ accessiones (Общ. часть § 30, II), поступаютъ въ собственность землевладѣльца, притомъ сѣмена—со времени посѣва, а саженцы—со времени укорененія (radices agere) [16]. По отдѣленіи растенія отъ земли оно продолжаетъ оставаться собственностью новаго собственника: „nam credibile est alio terrae alimento aliam factam (arborem)“ (L. 26 § 1 D. 41, 1. Paulus 14 Sab.).

γ) *Inaedificatio.* Если на землѣ выстроенъ домъ изъ чужого матеріала, то этотъ домъ, какъ цѣлое, признается за часть земли, а не самостоятельной вещью—superficies solo cedit, и поступаетъ, въ качествѣ accessio, въ собственность землевладѣльца [17]. Но, такъ какъ матеріалъ, изъ котораго построенъ домъ, не мѣняетъ своей субстанціи, и не представляется неотдѣлимымъ, то (согласно общимъ положеніямъ, установленнымъ въ § 30, II Общ. части) собственность на матеріалъ не прекращается окончательно и можетъ проявиться практически по разрушеніи дома: тогда собственнику матеріала разрѣшается виндицировать его [18].

Требовать разрушенія зданія собственникъ матеріала не можетъ; взамѣнъ этого онъ можетъ предъявить особый обязательственный искъ—*actio de tigno juncto* о возмѣщеніи ему двойной цѣны матеріаловъ, употребленныхъ на постройку не по его волѣ, уже пока зданіе стоитъ [19]. Если землевладѣ-

---

13 § 21 I. 2, 1. L. 7 § 2 D. 41, 1.

14 § 20 I. 2, 1. L. 7 § 1 D. 41, 1. L. 1 C. 7, 41.

15 L. 9 § 4 D. 7, 1.

16 § 31. 32 I. 2, 1. L. 7 § 13 L. 9 pr. L. 26 § 1 D. 41, 1. L. 11 C. 3, 32.

17 § 29. 30. I. 2, 1. L. 41, § 1. D. 44, 7. L. 98, § 8. D. 46, 3. L. 2. D. 43, 18. L. 7 § 10 D. 41, 1. L. 2 C. 3, 32.

18 L. 7 § 2 D. 44, 2. L. 23 § 7 D. 6, 1. L. 59 eod. L. 7 § 10 D. 41, 1. Это относится и къ случаю постройки дома изъ своихъ маеріаловъ malae f. possessor'омъ чужой земли L. 2 C. 3, 32; ср. впрочемъ, L. 7 § 12 D. 41, 1, § 30 I 2, 1 и къ этому *Windscheid*, § 188, пр. 1. *Dernburg* I, § 208, пр 4.

19 Dig. 47, 3. L. 7 § 10 D. 41, 1. L. 6 D. 10, 4.—L. 63 D. 24, 1. *Windscheid*. § 188, пр. 16 *Dernburg* I, § 208, пр. 6.

лецъ, строя домъ изъ чужихъ матеріаловъ, дѣйствовалъ bona fide, то, уплативъ по этому обязательственному иску, онъ окончательно становится собственникомъ матеріала и не долженъ возвратить его даже по разрушеніи постройки [20].

Если соединеніе вещей *предпринято самимъ собственникомъ присоединяемой движимой вещи* въ намѣреніи отказаться отъ права собственности на нее, то собственность переходитъ окончательно къ собственнику недвижимости [21].

B. *Соединеніе движимыхъ вещей съ движимыми.* Тутъ, согласно тому же общему принципу (указанному въ § 30, II Общ. ч.) возможны два случая.

α) Присоединившаяся вещь *не можетъ быть болѣе отдѣлена* и возвращена въ прежнее состояніе. Въ такомъ случаѣ образовавшееся цѣлое или поступаетъ оъ собственность собственника *главной* вещи, если одна изъ соединенныхъ вещей можетъ быть признана главною; или же новая вещь поступаетъ въ *общую собственность* (condominium) собственниковъ соединившихся вещей [22].

Если, однако, смѣшаны *сыпучія тѣла* (напримѣръ, двѣ кучи зернового хлѣба), то, хотя бы уже невозможно было отличить въ общей массѣ, что принадлежитъ разнымъ лицамъ, сособственность все-же не возникаетъ, но каждый изъ собственниковъ имѣетъ право собственности на то количество, которое соотвѣтствуетъ поступившей съ его стороны въ общее цѣлое массѣ. Какъ владѣлецъ, онъ можетъ выдѣлить это количество; утративъ владѣніе, онъ можетъ его виндицировать [23].

β) Соединенныя другъ съ другомъ вещи *могутъ быть раздѣлены* и возвращены въ прежній видъ. Въ такомъ случаѣ, если ни одна изъ вещей *не можетъ быть признана главной*, то ихъ соединеніе не вліяетъ на право собственности на нихъ [24]. Если же *одна изъ вещей—главная*, то, пока соединеніе продолжается, присоединившаяся вещь теряетъ самостоятельное значеніе и, какъ составная часть вещи, принадлежитъ собственнику главной вещи [25]. Но прежній собственникъ этой придаточной вещи, если только онъ не совершилъ самъ присоединенія donandi animo [26], можетъ требовать *отдѣленія вещи* путемъ actio ad exhibendum, и по отдѣленіи виндицировать ее [27]; право собственности его, слѣдовательно, не утрачивается: оно проявляется въ rei vindicatio, которая можетъ быть вчинена по превращеніи части вновь въ самостоятельную вещь.

Какая вещь главная и какая придаточная—это рѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по воззрѣніямъ оборота [28]. Юстиніанъ даетъ положительныя предписанія лишь по одному вопросу: если на чужомъ матеріалѣ нари-

---

[20] § 29 I. 2, 1. L. 2 D. 47, 3.

[21] L. 2 pr. C. 3, 32. L. 39 pr. D. 6, 1 cf. L. 14 D. 39, 5 § 30 I. 2, 1.

[22] L. 3 § 2 L. 4. 5 § 1 L. 23 § 5 D. 6, 1. L. 27 pr. § 2 D. 41, 1 § 27 I. 2, 1. L. 7 § 9 D. 41, 1.

[23] § 28 I. 2, 1. L. 5 pr. D. 6, 1. *Dernburg*, I, § 210, 2.

[24] L. 12 § 1 D. 41, 1. L. 5 § 1 D. 6, 1. L. 27 § 2 D. 41, 1.

[25] L. 23 § 2. 5 D. 6, 1. L. 26 pr. L. 27 pr. L. 41, 1.

[26] *Windscheid*, § 189 пр. 5.

[27] L. 23 § 5 D. 6, 1. L. 6. 7 § 1 2 D. 10, 4.

[28] L. 29 § 1 D. 34, 2. L. 9 § 1 L. 26 pr. D. 41, 1. L. 23 § 3 D. 6, 1. L. 19 § 13—16. L. 20 D. 34, 2. *Windscheid*, § 189, пр. 6. *Arndts*, § 152, пр. 3. *Dernburg* I, § 209, пр.2 6

сована *картина* (pictura), то главной вещью считается живопись, а полотно или доска—придаточной [29]; если-же *исписана чужая хартія* или *пергаментъ*—scriptura, то вопросъ рѣшается въ противоположномъ смыслѣ (хотя бы буквы были золотыя, онѣ составляютъ только часть хартіи) [30].

Если соединеніе состоитъ въ изготовленіи новой вещи, то дѣло рѣшается по нормамъ о specificatio.

Если соединеніе совершилось съ *согласія обоихъ собственниковъ*, то на цѣлое возникаетъ сособственность по договору [31].

Если кто-либо смѣшаетъ чужія *монеты* (деньги) со своими, то онъ становится собственникомъ примѣшанныхъ чужихъ монетъ [32].

C. Въ случаѣ соединенія вещей (какъ движимыхъ между собою, такъ и движимыхъ съ недвижимыми), когда оно влечетъ за собою потерю права собственности для одного лица, лицо, пріобрѣтающее это право, большею частью, обязано *вознаградить того, кто утратилъ право*. Размѣръ вознагражденія различенъ: въ случаѣ деликта (напр. кражи матеріаловъ для постройки дома) примѣняются деликтные иски (т.-е. можетъ быть потребовано полное возмѣщеніе *убытковъ)*; при отсутствіи деликта возврату подлежитъ полученное вслѣдствіе перехода права собственности *обогащеніе* на чужой счетъ [33]. Если соединеніе вещей сдѣлано тѣмъ лицомъ, которое вслѣдствіе этого утратило собственность, притомъ по заблужденію, такъ какъ оно думало, что соединяетъ свои вещи, то это лицо имѣетъ только exceptio для возврата затратъ [34] противъ иска объ истребованіи у него вещи. Самостоятельнаго иска [35] о возвратѣ затраченныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ издержекъ на чужую вещь не дается (см. объ этомъ ниже § 13, I, 3).

§ 11. Оригинарные способы пріобрѣтенія (продолженіе).

VI. *Пріобрѣтеніе собственности по давности владѣнія.* Раньше уже были указаны тѣ соображенія, на которыхъ покоится давность вообще (Общ. часть § 52). Эти соображенія находятъ себѣ примѣненіе и въ ученіи о способахъ пріобрѣтенія собственности [1]. Собственность пріобрѣтается благодаря тому, что лицо провладѣло чужой вещью въ теченіе опредѣленнаго времени и при наличности опредѣленныхъ условій, и это пріобрѣтеніе, основой котораго является владѣніе въ теченіе установленнаго срока, называется пріобрѣтеніемъ собственности по давности [2].

---

[29] § 34 I. 2, 1. L. 9 § 2 D. 41, 1. L. 23 § 3 D. 6, 1.

[30] § 33 I, 2, 1. L. 9 § 1. D. 41, 1. L. 3 § 14 D. 10, 4.

[31] § 27. 28 I. 2, 1. L. 7 § 8 L. 25 D. 41, 1. L. 5 pr. D. 6, 1.

[32] L. 78 D. 46, 3.

[33] L. 5 § 3 L. 23 § 5 D. 6, 1. L. 9 § 2 D. 41, 1, § 34 I. 2, 1. О характерѣ и названіи иска см. *Arndts*, § 152, пр. 4. *Windscheid*, § 190 пр. 4.

[34] L. 23 § 4 L. 37, 38 D. 6, 1. L. 7 § 12 L. 9 pr. § 1 D. 41, 1. § 30. 32 33 I. 2, 1. L. 5. 11 16. C. 3. 32.

[35] L. 33 D. 12, 6. L. 14 D. 44, 4. L. 14 § 1 D. 10, 3.

[1] L. 1 D. 41, 3. Gajus 21 ed. prov. Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent. cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. L. 5 pr. D. 41, 10, Nerat. 5 membr.... ut aliquis litium finis esset... L. 2 pr. D. 39, 3. Gai 2, 44 Cic. pro Caec. 26.

[2] L. 3 D. 41, 3. Ulp. 19, 8. *Dernburg* 1, § 219. пр. 3.

Въ *классическомъ* правѣ существуетъ два рода пріобрѣтательной давности: usucapio и longi temporis praescriptio.

Usucapio—древнѣйшій институтъ. Онъ относится къ *jus civile* и регулируется уже постановленіями XII таблицъ. По этому закону для давностнаго пріобрѣтенія требуется *usus* въ теченіе 2 лѣтъ по отношенію къ земельнымъ участкамъ и 1 года—къ прочимъ вещамъ [3]. Вещи краденыя не могутъ быть узукапированы [4]. Съ теченіемъ времени условія давностнаго пріобрѣтенія осложнились. *Lex Atinia* опредѣлила, что краденыя вещи не могутъ быть узукапированы, пока не вернутся во власть собственника; то же самое постановила *lex Plautia* относительно res vi possessae [5]. *Юриспруденція* ввела въ качествѣ необходимыхъ условій узукапіи bona fides и justus titulus [6].

Longi temporis praescriptio [7] возникла значительно позже. Она была создана, повидимому, для того, чтобы обезпечить пріобрѣтеніе по давности *провинціальныхъ участковъ и пріобрѣтеніе движимыхъ вещей перегринами* [8]. Usucapio, какъ институтъ juris civilis, была недоступна перегринамъ и не примѣнялась къ провинціальнымъ землямъ. Срокъ новой давности былъ въ 10 лѣтъ inter praesentes, т.-е. когда заинтересованныя лица жили въ одной провинціи, и въ 20 лѣтъ inter absentes, т.-е. когда они жили въ разныхъ провинціяхъ. Сначала новая давность давала только возраженіе противъ иска собственника вещи къ владѣльцу ея, т.-е. была только погасительной давностью (отсюда и названіе ея: praescriptio). Впослѣдствіи владѣльцу, выполнившему эту давность, былъ данъ искъ для возврата утраченнаго владѣнія; такимъ образомъ эта давность превратилась въ пріобрѣтательную [9]. Почти всѣ положенія, относившіяся къ usucapio, были перенесены на эту новую давность. Но по ея поводу впервые было разработано ученіе о возможности присчитывать владѣніе предшественника—accessio possessionis.

На этой почвѣ *Юстиніанъ* произвелъ реформу 531 года [10]. Онъ *слилъ въ одинъ институтъ* usucapio и longi temporis praescriptio, и установилъ трехлѣтній срокъ для движимыхъ вещей, сохранивъ сроки l. t. praescr. для недвижимыхъ. Во всемъ остальномъ Юстиніанъ намѣревался уничтожить различіе между usucapio и l. t. praescriptio. Однако, въ компиляціи сохранились слѣды стараго различія нормъ объ usucapio и о l. t. praescriptio [11].

Въ 528 году Юстиніанъ создалъ [12] *еще одинъ видъ пріобрѣтательной давности*. Именно: лицу, которое *добросовѣстно* пріобрѣло владѣніе чужой вещью, и къ которому собственникъ вещи не предъявилъ rei vindicatio въ теченіе 30 или 40 лѣтъ (и слѣдовательно искъ былъ погашенъ исковой давностью.—Общая часть § 53), Юстиніанъ далъ, *кромѣ эксцепціи* противъ иска собственника (эта эксцепція есть общее слѣдствіе истеченія давности), еще *искъ*—rei vindicatio—въ случаѣ потери владѣнія вещью. Такимъ обра-

---

3 XII. tab. VI. 3 и къ этому *Girard* стр. 296 пр. 2.

4 XII. tab. VIII. 17.

5 Gai 2, 45 Gell. 17, 7.

6 *Girard* стр. 302 пр. 1. *Шулинъ* стр. 298 сл.

7 О времени ея появленія см. *Girard* стр. 298 пр. 1. *Costa*, II стр. 36 пр. 55. *Partsch* Die longi temporis praescriptio. 1906.

8 О движ. вещахъ говорятъ L. 3. 9 D. 44, 3. L. 1 C. 6, 1. См. Хвостовъ Ист. рим. пр. § 68, III.

9 L. 8 pr. C. 7, 39.

10 L. 1 C. 7, 31. Ист. рим. пр. § 101 пр. 6.

11 См. *Windscheid* § 175, пр. 3. *Dernburg* I § 219 пр. 13.

12 L. 8 § 1 C. 7, 39. Хвостовъ. Ист. рим. пр. § 101 пр. 9.

зомъ эта давность изъ чисто *погасительной* превратилась теперь въ *пріобрѣтательную*. Явилась такъ называемая (у современныхъ юристовъ) экстраординарная давность, *longissimi temporis praescriptio*.

А. *Обыкновенная давность по Юстиніанову праву.* Ея условія состоятъ въ слѣдующемъ: для пріобрѣтенія права собственности требуется: 1) владѣніе, 2) истеченіе законнаго срока, 3) способная къ usucapio вещь (res habilis), 4) пріобрѣтеніе на основаніи justus titulus, и 5) bona fides. Старый гекзаметръ формулируетъ такъ условія давности: „res habilis, titulus, fides, possessio, tempus".

1) *Владѣніе.* Для наличности usucapio требуется, чтобы вещь стояла въ юридическомъ владѣніи узукапіента [13]. Юридическое владѣніе понимается здѣсь въ техническомъ смыслѣ слова, т.-е. какъ фактическое господство надъ вещью, соединенное съ намѣреніемъ господствовать надъ нею, какъ надъ своей собственной (см. ниже § 18). Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ узукапировать можетъ лицо, не имѣющее юридическаго владѣнія. Напримѣръ, лицо, отдавшее вещь въ ручной залогъ, заканчиваетъ ея usucapio, хотя юридическая защита владѣнія (possessio ad interdicta) переходитъ къ залогопринимателю [14] (см. ниже § 18, II). Usucapio продолжается въ пользу будущаго наслѣдника, пока вещь входитъ въ составъ hereditas jacens, т.-е. когда ею никто не владѣетъ [15].

2) *Bona fides.* Не всякое владѣніе достаточно для давностнаго пріобрѣтенія права собственности. Для этого требуется добросовѣстное владѣніе—possessio bonae fidei [16], т.-е., согласно опредѣленію *Виндшейда* (Pand. I § 176), владѣніе, *основанное на „честномъ убѣжденіи владѣльца, что присвоеніе имъ вещи не составляетъ матеріальной неправды"*. Слѣдовательно, для наличности bona fides требуется убѣжденіе въ отсутствіи неправды или, что то же самое, *убѣжденіе* въ соотвѣтствіи присвоенія вещи съ предписаніями права. Гдѣ нѣтъ этого убѣжденія, а есть *сомнѣніе*, тамъ нѣтъ и bona fides. Примѣръ, иллюстрирующій это положеніе, мы находимъ въ L. 6 § 1 D. 41, 4. Pomponius l. 32 ad Sabinum. „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint sciam, reliquos usucapiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum", т.-е. „Если я думаю, что изъ 10 рабовъ, которые мною куплены, нѣкоторые были чужіе, и знаю какіе именно, то я могу узукапировать остальныхъ; если же я не знаю, какіе именно изъ этихъ рабовъ чужіе, то я не могу узукапировать ни одного" [17].

Не требуется убѣжденія въ томъ, что лицо стало *собственникомъ* вещи; убѣжденіе въ отсутствіи неправды можетъ быть налицо, несмотря на сознаніе владѣльца о томъ, что онъ не сдѣлался собственникомъ. Напримѣръ, нѣкто покупаетъ у мужа вещь, которая подарена мужу женой, и, покупая, знаетъ объ этомъ; даренія между мужемъ и женой запрещены и не дѣлаютъ

---

[13] L. 25 D. 41, 3. Licinnius Rufinus 1 reg. Sine possessione usucapio contingere non potest.

[14] L. 16 D. 41, 3. L. 1 § 15 D. 41, 2.

[15] L. 40 D. 41, 3.—Объ узукапіи составныхъ частей сложной вещи см. ниже § 21, II.

[16] L. 2 § 1 D. 41, 4. Paulus 54 ed. Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat. Ср. впр. L. 2 § 2 D. 41, 4 и L. 32 § 1 D. 41, 3 и къ этому *Windscheid* § 177 пр. 9. Историч. замѣч. у *Costa*, Corso II стр. 67—72.

[17] Ср. L. 4 pr. D. 41, 4.

мужа собственникомъ (см. Семейное пр. § 11, II, 3); покупатель знаетъ, однако, что жена, подаривъ вещь мужу, выразила тѣмъ самымъ свое согласіе на распоряженіе вещью со стороны мужа; покупая вещь у мужа, онъ, такимъ образомъ, не совершаетъ матеріальной неправды по отношенію къ женѣ, поэтому онъ можетъ узукапировать купленную у мужа вещь, хотя знаетъ, что не сталъ ея собственникомъ[18]. Въ L. 48 D. 41, 3. Paulus I. 2 manual. мы читаемъ: „Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse...", т.-е. „Если я передамъ тебѣ вещь, думая, что я долженъ тебѣ (ее передать), то узукапія будетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если и ты убѣжденъ въ существованіи долга (для уплаты котораго вещь была передана)". Слѣдовательно, если вещь принята въ уплату завѣдомо несуществующаго долга, получатель не можетъ ее узукапировать[19].

По *общему правилу*, однако, bona fides состоитъ, именно, въ томъ, что пріобрѣтатель полагаетъ, *что онъ сталъ собственникомъ вещи*[20], и, главнымъ образомъ, убѣжденъ въ томъ, что онъ пріобрѣлъ вещь отъ собственника же[21].

Наличность bona fides требуется въ *моментъ пріобрѣтенія владѣнія;* при пріобрѣтеніи вещи на основаніи *купли-продажи* она требуется и въ моментъ заключенія купли-продажи, и въ моментъ traditio вещи[22]. Потеря bona fides въ послѣдующее время не вредитъ пріобрѣтенію вещи по давности[23]: Mala fides superveniens non nocet.

Наличность bona fides узукапіентъ не обязанъ доказывать особо; она предполагается, пока не будетъ доказано противное[24].

3) *Justus titulus*. Bona fides, какъ видно изъ предыдущаго, есть увѣренность владѣльца въ правомѣрности присвоенія имъ вещи. Эта увѣренность покоится обыкновенно на какомъ-либо *заблужденіи*; если бы она соотвѣтствовала дѣйствительности, то не требовалось бы usucapio. Но заблужденіе, на которомъ покоится эта увѣренность, не должно быть неизвинительнымъ. Bona fides достаточна для usucapio лишь тогда, когда въ ея основѣ лежитъ *извинительное заблужденіе* (см. Общ. ч., § 39 въ концѣ)[25]. Прежде всего не считается извинительнымъ заблужденіе относительно *нормъ права* (error juris)[26]; кто считаетъ себя ошибочно собственникомъ вещи потому, что не знаетъ законовъ, относящихся къ пріобрѣтенію собственности, тотъ не можетъ узукапировать[27]. Заблужденіе *въ фактѣ* (error facti) можетъ быть извинительнымъ. Но оно, большею частью, также неизвинительно, если оно касается наличности самаго *способа* пріобрѣтенія, на существованіи котораго

---

[18] L. 5 pr. D. 41, 7, *Windscheid* § 146 пр. 6. § 178 пр. 7. *Dernburg* I § 194 пр. 7.
[19] L. 3 D. 41, 10 ср. также L. 7 § 6 D. 41, 4 и L. 6 C. 7, 33. *Windscheid* § 176 пр. 7.
[20] L. 1 pr. L. 5 D. 41, 10. L. 38 D. 41, 3.
[21] Gai 2, 43. pr. J. 2, 6. L. 109 D 50, 16.
[22] L. 2 pr. § 13 D. 41, 4. L. 48 D. 41, 3. *Windscheid* § 177 пр. 1—2. *Girard*, стр. 303 пр. 4.
[23] L. 48 § 1 D. 41, 1. L. 1 § 8 C. 7, 31. Иначе канонич. право с. 20 X. 2, 26.
[24] *Windscheid* § 177, 4. Bona fides при пріобрѣтеніи черезъ представителя требуется отъ представляемаго L. 47 D. 41, 3. L. 49 § 2 D. 41, 2 L. 1 C. 7, 32. L. 2 § 12 D. 41, 4, если только полномочіе не было очень широкое (на веденіе всѣхъ дѣлъ напр.) L. 2 § 10 D. 41, 4. *Dernburg* I § 220 пр. 35.
[25] L. 44 § 4 i. f. D. 41, 3. L. 5 § 1 D. 41, 10.
[26] L. 31 pr. D. 41, 3. L. 4 D 22, 6. *Windscheid* § 178 пр. 2.
[27] См. примѣръ въ L. 2 § 15 D. 41, 4.

основана, главнымъ образомъ, увѣренность пріобрѣтателя въ правомѣрности своего владѣнія вещью[28].

Способъ пріобрѣтенія поэтому долженъ быть по общему правилу налицо *со всѣми условіями своей дѣйствительности*; только въ силу какого-либо *посторонняго препятствія* пріобрѣтатель не становится собственникомъ (иначе и usucapio была бы ненужна). Напримѣръ, налицо должна быть купля-продажа вещи, совершенная дѣеспособными лицами, уплата за вещь цѣны и traditio вещи; заблужденіе можетъ относиться, напр., къ тому, имѣетъ ли продавецъ право собственности на продаваемую вещь. Тотъ *способъ пріобрѣтенія, который долженъ быть налицо при usucapio, и называется justus titulus*[29]. Титулъ можетъ быть различенъ; самымъ важнымъ является передача вещи; но въ качествѣ титула для usucapio она въ источникахъ всегда обозначается по той обязательственной сдѣлкѣ, которая лежитъ въ ея основѣ: нѣтъ титула для узукапіи: „pro tradito", но есть титулы: „pro emptore"[30], „pro donato"[31], „pro dote"[32], „pro soluto"[33] и т. п. Кромѣ того титуломъ можетъ служить полученіе вещи по наслѣдству (pro herede)[34]; полученіе вещи въ результатѣ легата (pro legato)[35]; пріобрѣтеніе по оккупаціи вещи, брошенной не собственникомъ (pro derelicto)[36]. Если титулъ не имѣетъ спеціальнаго названія, то онъ называется: pro suo[37].

Однако наличность justus titulus есть лишь общее правило, изъ котораго допускаются *исключенія*. Если изъ особенныхъ обстоятельствъ случая ясно, что лицо *имѣло основаніе предположить наличность способа пріобрѣтенія*, котораго на самомъ дѣлѣ не было, или который оказался ничтожнымъ, то право довольствуется для узукапіи доказательствомъ наличности такого извинительнаго заблужденія въ существованіи титула. Это тѣ случаи, въ которыхъ современные юристы говорятъ объ узукапіи на основаніи такъ называемаго *мнимаго титула*, titulus putativus.

Объ этомъ говорятъ слѣдующія мѣста источниковъ L. 11 D. 41, 4. Africanus libro 7 quaest. Quod vulgo traditum est, cum qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait (Iulianus), si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis est, ut usucapio sequatur. Это значитъ: „Принято говорить, что тотъ, кто считаетъ себя купившимъ вещь, но на самомъ дѣлѣ не купилъ ея, не можетъ узукапировать pro emptore. Юліанъ замѣчаетъ, что это правильно лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда владѣлецъ не имѣлъ достаточнаго основанія для своего заблужденія въ наличности куплипродажи. Если же, напримѣръ, рабъ или представитель, которому онъ далъ порученіе купить вещь, убѣдилъ его, что онъ ее купилъ, и такъ передалъ

---

[28] § 11 J. 2, 6. L. 27 D. 41, 3. L 2 pr. § 2 D. 41, 4. L. 1 pr. D. 41, 6. L. 6 D. 41, 7. L. 1. 2. 3 D. 41, 8. L. 24 C. 3, 32. L. 4 C. 7, 29. L. 5 C. 7, 33.

[29] См. объ этомъ терминѣ *Windscheid* § 178 пр. 5.

[30] D. 41, 4. C. 7, 26.

[31] D. 41, 6. C. 7, 27.

[32] D. 41, 9. C. 7, 28.

[33] L. 46, 48. D. 41, 3.

[34] D. 41, 5. C. 7, 29.

[35] D. 41, 8.

[36] D. 41, 7.

[37] D. 41, 10. Ко всему изложенному *Windscheid* § 179. *Costa*, Corso II стр. 69 сля.

вещь, то скорѣе нужно признать, что узукапія будетъ имѣть мѣсто". L. 2 § 16 D. 41, 4. Paulus l. 54 ad ed. Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana „competit nec accessio possessionis. Это значитъ: „Если я куплю вещь у сумасшедшаго, котораго считаю здоровымъ, то, какъ извѣстно, я пріобрѣтаю по давности; это допущено по практическимъ соображеніямъ, хотя купля-продажа ничтожна и потому для меня невозможна ни a. de evictione, ни a. Publiciana, ни accessio possessionis"[38].

4) *Res habilis*. Рядъ вещей не можетъ быть пріобрѣтенъ по давности.

a) Вещи, неспособныя быть предметомъ частнаго обладанія (Общ. ч. § 33)[39].

b) Вещи, принадлежащія государству[40], императору[41], и недвижимыя имѣнія церквей и piae causae[42].

c) Вещи, владѣніе которыми утрачено собственникомъ вслѣдствіе *кражи*[43], насильственнаго отнятія[44], отчужденія со стороны malae fidei possessor[45], вымогательства [46]. Это т. наз. *res furtivae*. Онѣ неспособны къ узукапіи, пока не вернутся въ руки ихъ собственника[47].

d) Спорныя границы не подлежатъ обыкновенной давности (см. ниже § 14, I)[48].

e) Вещи, принадлежащія лицамъ моложе 25 лѣтъ (minores XXV annis)[49], и такъ наз. bona adventicia regularia[50] также изъяты отъ дѣйствія давности[51].

5) *Истеченіе срока*. Давностное пріобрѣтеніе заканчивается для движимостей въ 3 года, а для недвижимостей въ 10 лѣтъ inter praesentes и въ 20 лѣтъ inter absentes[52]. При этомъ возможна successio въ узукапіи и accessio possessionis.

a) *Successio*. Наслѣдникъ является преемникомъ своего наслѣдодателя въ узукапіи. При этомъ ему засчитывается и то время, въ теченіе котораго наслѣдство было hereditas jacens; usucapio можетъ даже закончиться въ это время[53]. Наслѣдникъ только продолжаетъ usucapio наслѣдодателя. Поэтому

---

[38] См. объ этомъ рѣшеніи ниже § 26, II, 2. — Ср. еще L. 9 D. 41, 8. L. 4 § 2 L. 5 D. 41, 10. L. 44 pr. § 4 i. f. D. 41, 3. Слѣдуетъ замѣтить, что вопросъ объ отношеніи между bona fides и justus titulus при узукапіи въ литературѣ споренъ; въ текстѣ изложенъ взглядъ Виндшейда. См. объ этомъ *Windscheid* § 178, пр. 8. Иначе напр. *Dernburg* I, § 194. *Ferrini* §§ 316—324

[39] L. 9. 45 pr. D. 41, 3. § 1 J. 2, 6. L. 9 C. 11, 43 (42).

[40] § 9 J. 2, 6. L. 18 L. 24 § 1 D. 41, 3. L. 2 C. 7, 36.

[41] Cod. 7, 38. L. 2 C. 11, 67 (66).

[42] Nov. 111 c. 2. Nov. 131 c. 6.

[43] § 2—6. J. 2, 6. L. 36—38 D. 41, 3. *Girard* стр. 306 сл. *Windscheid* § 182, пр. 6. *Dernburg* I, § 220, 2.

[44] § 2 J. 2, 6. L. 4 § 22—27 (28) L. 33 § 2 L. 37 § 1 L. 38 D. 41, 3.

[45] § 3 J. 2, 6. Nov. 119 c. 7. *Windscheid* § 182, пр. 8.

[46] L. 8 D. 48, 11. L. 48 pr. D. 41, 4.

[47] § 8 J. 2, 6. *Windscheid* § 182, пр. 10.

[48] L. 6 C. 3, 39.

[49] L. 5 C. 2, 40 (41). *Windscheid* § 182, пр. 11. *Dernburg* I, § 220, пр. 22.

[50] См. Семейное пр., § 15, IV, пр. 36.

[51] О дотальныхъ вещахъ см. L. 30 C. 5, 12. *Windscheid* § 182, пр. 13.

[52] L. 1 C. 7, 31. L. 12 C. 7, 33. Nov. 119 c. 8. Подробности у *Windscheid* § 180, пр. 2—5 *Dernburg* I, § 221, 1.

[53] L. 31 § 5 D. 41, 3. *Windscheid* § 181, пр. 9. Но, если въ промежуточное время кто-либо другой завладѣлъ вещью, то successio in usucapionem для наслѣдника не имѣетъ мѣста. L. 20 D. 41, 3. L. 6 § 2 D. 41, 4.

ему не вредитъ его собственная mala fides, если наслѣдодатель былъ in bona fide [54]; напротивъ, если наслѣдодатель былъ in mala fide, то порокъ его владѣнія переходитъ на наслѣдника, и тотъ не можетъ даже начать новой давности, несмотря на свою bona fides [55].

b) *Accessio possessionis.* Напротивъ, всякій *сингулярный преемникъ* можетъ только начать новую давность. Поэтому въ его лицѣ должны соединяться всѣ условія таковой, въ частности и bona fides. Но онъ можетъ причитать себѣ время владѣнія своихъ предшественниковъ, если это владѣніе уже вело къ давностному пріобрѣтенію и если оно непосредственно примыкаетъ къ его владѣнію [56].

Давностное владѣніе *прерывается*: 1) утратою владѣнія вещью [57], и 2) по мнѣнію многихъ юристовъ — предъявленіемъ иска о собственности; вопросъ этотъ—споренъ: въ классическомъ правѣ usucapio не прерывалась вчинаніемъ rei vindicatio, но отвѣтчикъ все же долженъ былъ выдать вещь истцу, въ силу процессуальной обязанности (Processobligation), если истецъ еще былъ собственникомъ въ моментъ litis contestatio. Напротивъ, praescriptio longi temporis прерывалась [58]. Въ юстиніановомъ правѣ, по сліяніи этихъ двухъ институтовъ, вопросъ рѣшается, повидимому, въ томъ смыслѣ, что предъявленіе иска прерываетъ пріобрѣтательную давность, но только въ пользу лица, предъявившаго искъ, и *не прерываетъ* по отношенію къ третьимъ лицамъ [59].

Теченіе давности *пріостанавливается* въ силу нѣкоторыхъ обстоятельствъ, главнымъ образомъ на время, пока противъ узукапіента не можетъ быть вчиненъ искъ о собственности по какимъ-либо юридическимъ препятствіямъ, напримѣръ, въ промежутокъ времени, который данъ наслѣднику для составленія инвентаря, если наслѣдникъ воспользовался beneficium inventarii [60]. (Различіе между перерывомъ и пріостановкой давности уже объяснено въ Общей части § 53, III, 2).

B. *Longissimi temporis praescriptio.* Кто, провладѣвъ вещью 30 или 40 лѣтъ, пріобрѣлъ эксцепцію объ истеченіи исковой давности противъ rei vindicatio, принадлежащей собственнику этой вещи, тотъ, по распоряженію Юстиніана [61], самъ можетъ виндицировать вещь въ случаѣ утраты владѣнія. Единственнымъ дополнительнымъ условіемъ для того, чтобы исковая давность обратилась такимъ образомъ въ пріобрѣтательную, является то, что владѣніе вещью должно быть пріобрѣтено *добросовѣстно* (bona fide). *Титулъ не требуется* [62]. Этой давности подлежатъ и вещи, *неспособныя къ узукапіи*, кромѣ тѣхъ вещей, которыя вообще не могутъ быть предметомъ частнаго обладанія [63]. Во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ условія этой давности (на-

---

[54] L. 40. 43 pr. D. 41, 3. L. 2 § 19 D. 41, 4. L. 30 pr. D. 41, 6. L. 1 C. 7, 31. § 12 J. 2, 6. L. 14 § 1 D. 44, 3.

[55] L. 11 D. 44, 3. L. 3 C. 7, 30. L. 11 C. 7, 32. § 12 J. 2, 6.

[56] § 13 J. 2, 6 L. 2 § 30 D. 41, 4. L. 15 § 1—6 L. 16 D. 44, 3. L. 76 § 1 D. 18, 1. L. 7 § 3 D. 23, 3. L. 14 § 1 D. 41, 3. L. 13 § 6. 10—12 D. 41, 2. L. 14 pr. § 2. 4. 5 D. 44, 3. Объ особомъ случаѣ въ L. 19 D. 41, 3. L. 6 § 1 D. 44, 3. L. 13 § 2 D. 41, 2, см. *Windscheid* § 181, 3.

[57] L. 5. 15 pr. § 2 D. 41, 3. L. 7 § 4 D. 41, 4. L. 5 D. 41, 6.

[58] L. 2 C. 3, 19. L. 26 C. 3, 32. L. 1. 2. 10 C. 7, 23. L. 4 C. 7, 35.

[59] См. объ этомъ *Windscheid* § 180, пр. 7; § 182, 4. *Dernburg* I, § 221, пр. 17.

[60] L. 22 § 11 C. 6, 30. Насл. пр. § 24, II, 1.

[61] L. 8 § 1 C. 7, 39.

[62] Спорно; такъ *Windscheid* § 183, пр. 2. *Dernburg* I, § 222, пр. 5; иначе *Brinz* I, стр. 601, 611.

[63] См. *Dernburg* I, § 222, 3.

чало ея истеченія, конецъ) опредѣляются по правиламъ объ *исковой давности* (Общая часть § 53).

§ 12. Утрата права собственности.

Собственность утрачивается по различнымъ причинамъ.

1) Она утрачивается однимъ лицомъ, когда ее *пріобрѣтаетъ другое*. Такая смѣна собственниковъ наступаетъ или по волѣ бывшаго собственника (traditio), или помимо его воли (usucapio, конфискація).

2) Собственность утрачивается съ *уничтоженіемъ вещи*; но она продолжаетъ существовать по отношенію къ остаткамъ вещи [1].

3) Собственность утрачивается съ превращеніемъ вещи въ res extra commercium (Общ. часть, § 33), напримѣръ, вслѣдствіе того, что участокъ дѣлается постояннымъ ложемъ flumen publicum [2]. При временномъ затопленіи собственность лишь на время перестаетъ дѣйствовать (dominium dormiens) [3].

4) Собственность утрачивается въ силу *derelictio*, т.-е. вслѣдствіе того, что субъектъ ея отказывается отъ вещи, бросая ея владѣніе; вещь дѣлается res nullius и подлежитъ оккупаціи [4]. Нужно различать derelictio отъ потери вещи и отъ выбрасыванія вещи по нуждѣ и безъ намѣренія отказаться отъ права собственности на нее (во время бури, напримѣръ) [5].

5) Собственность *на дикихъ звѣрей*, то-есть, на такихъ, которые нормально живутъ на свободѣ, а не подъ властью человѣка, утрачивается, когда они убѣжали и скрылись отъ преслѣдователя. Если же эти звѣри были *приручены*, собственность на нихъ утрачивается, когда они утратили привычку возвращаться домой. Собственность на *домашнихъ животныхъ* не утрачивается, даже если они сбѣжали [6].

Глава III. Защита права собственности.

§ 13. Вещные иски для защиты права собственности.

Право собственности защищается какъ вещными, такъ и обязательственными исками. Главное значеніе имѣютъ вещные иски, т.-е. такіе, которые даются по поводу нарушенія права собственности противъ всякаго третьяго лица. Сюда относятся rei vindicatio и actio negatoria.

I. *Rei vindicatio*. Это—главный искъ для защиты права собственности [1]. Онъ дается не владѣющему вещью собственнику противъ владѣющаго вещью несобственника, если послѣдній отказывается выдать первому его вещь. Задача судьи—въ позднѣйшемъ правѣ—опредѣлить, *является ли истецъ дѣй-*

---

[1] L. 49 § 1 D. 6, 1.
[2] L. 7 § 5 D. 41, 1. L. 1 § 7 D. 43, 12, § 23 J. 2, 1.
[3] L. 1 § 9 D. 43, 12. L. 7 § 6 D. 41, 1. § 24 J. 2. 1. *Windscheid* § 191, пр. 1a.
[4] § 47 J. 2, 1. L. 17 § 1 D. 41, 2. L. 3 D. 41, 7. *Windscheid* § 191, пр. 1. Выше § 9, I, 2. Общ. ч., § 36, пр. 11.
[5] § 48 J. 2, 1.
[6] L. 3 § 2 L. 4. 5 pr. § 4—6 D. 41, 1 — § 12. 14—16 J. 2, 1. *Dernburg* I, § 223, пр. 6—8.
[1] Исторія этого иска у *Girard* стр. 333 сл.

ствительно собственникомъ вещи и, если онъ окажется таковымъ, то присудить отвѣтчика выдать вещь истцу со всѣми плодами и приращеніями (res cum omni causa) [2].—Сторонами въ этомъ искѣ являются, такимъ образомъ, слѣдующія лица:

А. *Истцомъ* выступаетъ собственникъ вещи, утратившій фактическое владѣніе своей вещью. Собственникъ, владѣющій вещью, не имѣетъ по римскому праву иска о признаніи своего права собственности [3]. Несобственникъ вещи также ни въ какомъ случаѣ не можетъ успѣшно вчинить rei vindicatio.

Правда, источники знаютъ особый искъ, который называется utilis rei vindicatio и дается *несобственнику* вещи. Но это не есть искъ, основанный на правѣ собственности истца. Это абсолютный искъ противъ всякаго владѣльца вещи не о признаніи уже существующаго права собственности истца, а о перенесѣ на него вновь права собственности и владѣнія вещью. Въ основѣ иска лежитъ, слѣдовательно, своеобразное *абсолютное право на пріобрѣтеніе вещи въ собственность*. Такой искъ дается одному супругу противъ другого по поводу вещей, которыя послѣдній пріобрѣлъ на деньги, подаренныя первымъ [4]; опекаемому по поводу вещей, которыя опекунъ пріобрѣлъ себѣ на его деньги [5]; солдату относительно вещей, купленныхъ третьими лицами на его деньги [6]; женѣ относительно ея дотальныхъ вещей, которыя еще налицо у мужа при расторженіи брака [7] и т. д. Впрочемъ, природа этого иска вообще очень спорна (см. напр. объ искѣ жены о дотальныхъ вещахъ Сем. пр. § 8, III, 4) [8].

В. *Отвѣтчикомъ* по rei vindicatio является всякое третье лицо, въ чьихъ рукахъ находится вещь. При этомъ не требуется, чтобы отвѣтчикъ былъ юридическимъ владѣльцемъ вещи; онъ можетъ быть и detentor alieno nomine [9]; необходимо только, чтобы у него была facultas restituendi. Безразлично также, является ли владѣлецъ вещи добросовѣстнымъ (bonae fidei possessor) или недобросовѣстнымъ (malae fidei possessor); rei vindicatio дается противъ того и другого.

Есть, однако, случаи, когда rei vindicatio дается противъ лица, *не владѣющаго вещью*, и кончается присужденіемъ этого лица такъ, какъ будто оно владѣло вещью, т.-е. присужденіемъ его къ выдачѣ вещи или къ уплатѣ ея стоимости и всѣхъ убытковъ. Это — случаи такъ наз. *ficta possessio* [10]. Сюда относятся два случая: а) Rei vindicatio дается противъ лица, *qui dolo desiit possidere* [11], т.-е. кто владѣлъ вещью, но до начала процесса умышленно

---

[2] О т. наз. *vindicatio gregis* см. Общ. ч. § 30, I, 3.

[3] Объ „unus casus" въ § 2 J. 4, 6 см. *Dernburg* I § 224 пр. 9. *Arndts* § 166 пр. 2. *Vangerow* I § 332.—О *цессіи* въ примѣненіи къ rei vindicatio см. *Dernburg* I § 225 пр. 2—3.

[4] L. 55 D. 24, 1 ср. L. 29 § 1 L. 30 D. eod.

[5] L. 2 D. 26, 9. L. 3 C. 5, 51.

[6] L. 8 C. 3, 32.

[7] L. 30 C. 5, 12.

[8] Приведенную въ текстѣ конструкцію защищаетъ *Dernburg* I § 225, 2 (въ виду L. 11 C. 8, 54); ср. однако *Windscheid* § 174, 2. *Arndts* § 145 пр. 3. *Баронъ* § 131, 2, a. *Mayr*. Condictio, стр. 262 слл. Ср. *Mayr* въ Zeitschs. d. Sav. St. B. 26 (1905).

[9] L. 9 D. 6, 1. *Siber* Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio (1907). Объ *auctoris nominatio* по L. 2 C. 3, 19 см. *Girard* стр. 338 пр. 4. *Dernburg* I § 225, 3. *Windscheid* § 196 пр. 6. Если отвѣтчикъ ложно отрицаетъ свое владѣніе, то оно у него отнимается и передается истцу. L. 80 D. 6, 1. L. 20 § 1 D. 11, 1. *Girard* стр. 340 пр. 1.

[10] См. объ этомъ *Windscheid* § 193 пр. 8 и § 196 пр. 8 *Dernburg*, I § 225, 4; историч. замѣчанія у *Girard* стр. 339 пр. 1.

[11] L. 27 § 3 D. 6, 1. L. 131 D. 50, 17. L. 36 pr. D. 6, 1.

сбылъ владѣніе вещью или уничтожилъ вещь [12]. При этомъ culpa lata приравнивается къ dolus [13]. b) Rei vindicatio дается противъ того, *qui liti se obtulit*, т.-е. кто ложно выдавалъ себя за владѣльца вещи и этимъ побудилъ собственника вчинить противъ него виндикаціонный искъ [14].

Напротивъ, если *добросовѣстный* владѣлецъ утратилъ владѣніе вещью до начала процесса, то онъ освобождается отъ отвѣтственности. Въ одномъ только случаѣ собственникъ имѣетъ противъ него *обязательственный искъ о возвратѣ полученнаго имъ отъ вещи обогащенія.* Такой искъ дается противъ добросовѣстнаго владѣльца, не имѣвшаго никакого титула на владѣніе (т.-е. владѣвшаго на основаніи такъ наз. titulus putativus), если онъ потребилъ вещь и получилъ выгоду отъ ея потребленія, или если онъ продалъ вещь, а затѣмъ виндицировать вещь у покупателя невозможно (покупатель узукапировалъ вещь; вещь у покупателя погибала) [15].

C. *Отношенія между сторонами.* Положеніе отвѣтчика во многихъ отношеніяхъ выгоднѣе положенія истца.

На истцѣ лежитъ *тяжесть доказыванія* (onus probandi. См. Общ. ч. § 58). Истецъ долженъ доказать свое *право собственности* [16]; если это ему не удается, то отвѣтчикъ освобождается [17]. Доказывается право собственности путемъ доказательства способа его пріобрѣтенія. Если способъ пріобрѣтенія былъ деривативный, то истецъ долженъ доказать право собственности своего предшественника; если тотъ пріобрѣлъ вещь также деривативно, то нужно доказать право собственности его auctor'а и т. д. [18]. Доказательство выполнено въ этомъ случаѣ только тогда, когда истецъ дойдетъ до первоначальнаго пріобрѣтателя вещи или докажетъ рядъ преемственныхъ переходовъ вещи за время, нужное для ея usucapio (см. сказанное въ § 11 A, 5 объ accessio possessionis при давности) [19]. Кромѣ того, истецъ долженъ доказать, что отвѣтчикъ *владѣлъ* вещью при началѣ процесса или есть fictus possessor (т.-е. dolo malo desiit possidere или liti se obtulit) [20].

2. Отвѣтчикъ въ извѣстныхъ случаяхъ въ правѣ не выдавать вещи [21], если онъ пользуется такъ наз. *jus retentionis*, которое осуществляется въ формѣ эксцепціи противъ rei vindicatio. Удержаніе вещи допускается въ слѣдующихъ случаяхъ:

a) Если отвѣтчикъ противопоставляетъ праву собственности истца *болѣе сильное право на владѣніе или держаніе вещи* (напримѣръ, залоговое право, узуфруктъ) [22].

---

[12] L. 9 pr. D. 10, 4.

[13] L. 9 § 4 D. 10, 4 *Dernburg* I § 225 пр. 22.

[14] L. 25—27 D. 6, 1. Присуждается fictus possessor къ выдачѣ самой вещи или же къ уплатѣ ея стоимости; въ послѣднемъ случаѣ отъ отвѣтственности по rei vindicatio не освобождается и настоящій possessor L. 13 § 14 D. 5, 3. L. 7 D. 6, 1. L. 95 § 9 D. 46, 3 L. 69. 70 D. 6, 1. Наслѣдники fictus possessor отвѣчаютъ въ размѣрахъ обогащенія. L. 52 D. 6, 1.

[15] L. 18 D. 12, 1. L. 23 D. 12, 1. L. 48 (49) D. 3, 5. L. 30 pr. D. 19, 1. L. 1 C. 4, 52. L. 17 D. 46, 3. См. подробно *Хвостовъ*, Aequitas, стр. 255—257.

[16] L. 9 D. 6, 1. L. 11 C. 3, 31. L. 2 C. 4, 19.

[17] L. 28 C. 3, 32. L. 2 C. 4, 19.

[18] Arg. L. 20 pr. D. 41, 1.

[19] *Dernburg* I § 226 пр. 7. *Windscheid* § 196 пр. 3. *Arndts* § 166 пр. 3.

[20] L. 36 pr. D. 6, 1.

[21] Объ *exceptio rei venditae et traditae* и ей подобныхъ см. Dig. 21, 3. *Arndts* § 168 прим. *Dernburg* I § 216. *Windscheid* § 197, 3.—Ниже § 26, III, 1.

[22] См. Общ. ч. § 17, II, 2. *Dernburg* I § 227, I.—Объ особомъ постановленіи Nov. 18 c. 10 см. *Windscheid* § 197 пр. 1 *Dernburg* I § 227 пр. 1.

b) Если владѣлецъ затратилъ *издержки на вещь*, то онъ можетъ удержать ее, пока издержки ему не будутъ возмѣщены. Издержки бываютъ трехъ видовъ:

α) impensae *necessariae*, т.-е. издержки, необходимыя для сохраненія хозяйственной пригодности вещи.[23]

β) impensae *utiles*, т.-е. издержки, увеличивающія хозяйственную годность и доходность вещи[24].

γ) impensae *voluptuariae*, тѣ которыя служатъ только для удовольствія владѣльца[25].

Необходимыя издержки возмѣщаются всякому владѣльцу вещи (кромѣ вора)[26] въ полномъ объемѣ[27].

Полезныя издержки возмѣщаются при помощи ретенціи вещи только добросовѣстному владѣльцу, притомъ въ такомъ только размѣрѣ, въ которомъ онѣ еще увеличиваютъ цѣнность вещи въ моментъ ея реституціи собственнику, и не свыше того размѣра, въ какомъ онѣ уменьшили имущество затратившаго ихъ владѣльца; не возмѣщаются онѣ совсѣмъ, если собственникъ не могъ бы ихъ произвести по состоянію своего имущества[28]. Слѣдуетъ замѣтить еще, что добросовѣстный владѣлецъ обязанъ компенсировать сдѣланныя имъ на вещь издержки съ суммою остающихся за нимъ плодовъ вещи (см. выше § 10, III, e)[29]. Издержки, затрачиваемыя періодически, въ особенности для полученія изъ вещи плодовъ, ложатся всегда на того, кому достаются плоды, полученные отъ вещи[30].

По поводу impensae voluptuariae добросовѣстный владѣлецъ имѣетъ только jus tollendi[31]. Недобросовѣстный владѣлецъ имѣетъ только jus tollendi, но не jus retentionis по поводу impensae utiles и voluptuariae[32]. Jus tollendi есть право отдѣлить отъ вещи результатъ затраченныхъ на нее издержекъ, если подобное отдѣленіе (напр. расписаннаго плафона) возможно безъ существеннаго поврежденія виндицируемой вещи, и если оно приноситъ отвѣтчику какую-либо пользу, а не предпринимается только для того, чтобы повредить истцу.

Самостоятельнаго иска о возмѣщеніи издержекъ владѣлецъ вещи не имѣетъ; единственное средство возмѣстить ихъ составляетъ jus retentionis, предоставленное владѣльцу до выдачи имъ вещи винդиканту[33]. Римскіе юристы мотивируютъ это правило тѣмъ, что владѣлецъ, затрачивая издержки на чужую вещь, не имѣлъ animus obligandi по отношенію къ ея собственнику[34].

---

[23] L. 79 pr. D. 50, 16. Ср. *Петражицкій*. Права добросовѣстнаго владѣльца. Изд. 2 (1902). *Dernburg* I 227 пр. 6.

[24] Ulp. 6, 16. L. 5 § 3. L. 6. 10 D. 25, 1. L. 79 § 2 D. 50, 16.

[25] L. 7 D. 25, 1. L. 79 § 2 D. 50, 16.

[26] L. 13 D. 13, 1. L. 1 C. 8, 51 (52).

[27] L. 5 C. 3, 32.

[28] L. 38 D. 6, 1.

[29] L. 48 D. 6, 1.

[30] L. 46 D. 22, 1. L. 7 pr. § 16 D. 24, 3. L. 3 § 1 L. 12. 13. 16 D. 25, 1. L. 1 C. 51. L. 6 § 3 D. 7, 7. L. 36 § 5 D. 5, 3.

[31] Тоже относится и къ impensae utiles, если онѣ ему не возмѣщаются. L. 38 D. 6, 1.

[32] L. 37 D. 6, 1.

[33] L. 33 D. 12, 6. О процессуальныхъ послѣдствіяхъ этой эксцепціи въ классич. правѣ см. *Girard* стр. 340 пр. 3.

[34] L. 14 § 1 D. 10, 3. L. 33 D. 12, 6 ср. L. 48 D. 6, 1. L. 14 D. 44, 4. Относительно L. 5 § 2 D. 25, 1 см. *Хвостовъ* op. cit. пр. 482.

D. *Рѣшеніе по* rei vindicatio. Если истецъ доказалъ свое право собственности, то отвѣтчикъ присуждается [35] къ *выдачѣ вещи со всѣми ея принадлежностями*—res cum omni causa [36]—и, кромѣ того, къ нѣкоторымъ предоставленіямъ *обязательственнаго* характера [37]. При этомъ проводится различіе между отвѣтчикомъ bonae fidei и malae fidei.

a) Possessor bonae fidei не отвѣчаетъ за сохранность вещи до вчинанія иска [38]. Со времени вчинанія иска онъ отвѣчаетъ за порчу или гибель вещи по его culpa levis. Недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за culpa levis уже до начала процесса [39]. Послѣ же его начала онъ отвѣчаетъ за гибель вещи и отъ несчастнаго случая, если только не докажетъ, что вещь погибла-бы и въ рукахъ истца, даже будь она выдана ему до начала процесса.

b) Добросовѣстный владѣлецъ долженъ выдать *плоды*, сохранившіеся у него ко времени начала процесса (fructus extantes; см. выше § 10, III); кромѣ того, онъ долженъ выдать fructus percepti и fructus percipiendi съ момента начала процесса (объ этихъ понятіяхъ см. Общ. ч. § 31, V). Недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ выдать fructus percepti и percipiendi за время до начала процесса; съ начала же процесса онъ отвѣчаетъ не за тѣ плоды, которые самъ могъ бы собрать съ вещи при должной заботливости, а за тѣ, которые могъ бы собрать ея собственникъ—истецъ, даже если бы для владѣльца—отвѣтчика полученіе такихъ плодовъ было невозможно.

Если владѣлецъ *не выдаетъ находящуюся у него вещь*, несмотря на рѣшеніе судьи, то истецъ можетъ опредѣлить сумму своихъ убытковъ подъ присягой—juramentum in litem. Они присуждаются въ такомъ случаѣ въ любомъ размѣрѣ, если судья не указалъ истцу предѣльной границы (taxatio) [40].

II. *Actio negatoria*. Если кто-либо незаконно совершаетъ такія дѣйствія по отношенію къ чужой вещи, для правомѣрнаго совершенія которыхъ необходимо обладать сервитутнымъ правомъ на эту вещь, то собственникъ послѣдней можетъ требовать прекращенія этихъ дѣйствій, т.-е. добиваться признанія *свободы своей собственности отъ сервитутовъ*, путемъ a. negatoria. Такимъ образомъ, въ основѣ этого иска лежитъ право собственности истца; но его удобнѣе разсматривать въ отдѣлѣ о сервитутахъ, въ связи съ a. confessoria (см. ниже § 36, II).

III. *Actio in rem Publiciana*. Мы видѣли, какъ затруднительно доказываніе права собственности при rei vindicatio, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда собственность была пріобрѣтена деривативнымъ способомъ. Въ виду этого собственнику удобнѣе для полученія своей вещи изъ рукъ третьяго владѣльца прибѣгать къ иску, которымъ защищается bonae fidei possessio. Доказательства по этому иску менѣе сложны; но онъ не всегда достаточенъ для защиты права собственности. Этотъ искъ, такимъ образомъ, является вспомогательнымъ средствомъ для защиты права собственности. Мы ознакомимся съ нимъ въ отдѣлѣ о bonae fidei possessio (см. ниже § 26).

---

[35] Какъ исполнялось у Римлянъ это рѣшеніе? См. *Girard* стр. 343 сл. *Dernburg* I § 224. Ср. *Windscheid* § 193 пр. 2—5.—L. 68 D. 6, 1. L. 10—12 D. eod. L. 46. 47 D. eod.

[36] L. 246 § 1 D. 50, 16.

[37] См. объ этомъ подробнѣе у *Windscheid* § 193.

[38] L. 31 § 3 D. 5, 3.

[39] См. *Windscheid* § 193 пр. 13. *Girard* стр. 342 пр. 1; стр. 344 пр. 2.

[40] L. 2 pr. D. 12, 3.

§ 14. Личные иски для защиты права собственности.

Для защиты права собственности служатъ слѣдующіе иски, носящіе обязательственный характеръ: 1) a. finium regundorum; 2) искъ изъ cautio damni infecti; 3) a. aquae pluviae arcendae; 4) искъ изъ operis novi nuntiatio; 5) interdictum quod vi aut clam.

I. *Actio finium regundorum* [1]. Этотъ искъ дается въ случаѣ спора между собственниками сосѣднихъ участковъ о настоящей границѣ этихъ участковъ [2]. Въ результатѣ онъ можетъ привести къ тому, что одинъ изъ сосѣдей получитъ, какъ свою собственность, пограничную полосу, захваченную неправомѣрно другимъ сосѣдомъ. Такимъ образомъ, a. fin. reg. можетъ сослужить ту же службу, какъ и rei vindicatio. Но настоящая цѣль этого иска—прекратить споръ о границахъ, заставить каждаго изъ сосѣдей соблюдать границу участковъ. Поэтому искъ этотъ (не вполнѣ точно) считается a. in personam. Юристъ Павелъ говоритъ: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. (L. 1 D. 10, 1).

Задача судьи при рѣшеніи дѣла по этому иску состоитъ въ томъ, чтобы установить *настоящую границу* [3]. При этомъ принимается во вниманіе право собственности и longissimi temporis praescriptio: на обыкновенную usucapio нельзя ссылаться, т. к. пограничная полоса изъята изъ ея дѣйствія (см. § 11, A, 4) [4].

Если граница не можетъ быть установлена, то судья долженъ признать спорную землю общей собственностью и соотвѣтственно съ этимъ раздѣлить ее между сторонами [5]. Въ этомъ смыслѣ a. finium regundorum, наряду съ a. familiae erciscundae и a. com. dividundo, причисляется къ a. divisoriae—къ искамъ о *раздѣлѣ имущества*, которые mixtam causam optinere videntur tam in rem, quam in personam. (См. объ этомъ Общую часть § 15, 1) [6]. Наконецъ, судья имѣетъ право, опредѣливъ истинную границу и найдя ее неудобной (такой границей является, напримѣръ, ручей, постоянно мѣняющій свое теченіе), перенести границу въ другое мѣсто; при этомъ онъ обязываетъ сторону, получившую лишнюю землю, вознаградить деньгами сторону, лишившуюся части своей земли при перемѣщеніи границы [7].

A. finium regundorum можетъ быть вчинена не только собственникомъ участковъ, но и эмфитевтой, суперфиціаромъ, узуфруктуаромъ, залоговымъ вѣрителемъ и противъ этихъ лицъ [8]. Но въ этихъ случаяхъ рѣшеніе не имѣетъ силы ни противъ собственника, ни въ его пользу [9].

---

[1] Историческія замѣчанія (controversia de fine и contr. de loco) см. у *Girard* стр. 626 слл. *Karlowa* R. RG. II. стр. 459-465.

[2] Участки эти не должны быть смежными зданіями (L. 2 pr. L. 4 § 10 D. 10, 1), а также не должны быть раздѣлены публичной дорогой или рѣкой (L. 4 § 11. L. 5. 6 D. 10, 1). Объ *actio viae rejectae* см. *Dernburg* I § 229, 1.

[3] L. 4 pr. L. 8 § 1 D. 10, 1.

[4] L. 5. 6 C. 3, 39.

[5] L. 2 § 1 D. 10, 1.

[6] Объ обязательственномъ элементѣ иска см. L. 4 § 1. 2 D. 10, 1 § 6 J. 4, 17. L. 56 D. 10, 2. *Windscheid* § 450 пр. 8. *Dernburg* I § 229 пр. 19.

[7] L. 2 § 1 L. 3 D. 10, 1 § 6 J. 4, 17.

[8] L. 4 § 9 D. 10, 1.

[9] См. *Dernburg* I § 229 пр. 11.

II. *Actio aquae pluviae arcendae.* Римское право не разрѣшаетъ землевладѣльцу произвольно измѣнять стокъ дождевой [10] воды съ его участка или на его участокъ. Такое измѣненіе стока водъ можетъ слишкомъ осушить или обратить въ болото сосѣдній участокъ [11]. *Нормальное теченіе* дождевой воды опредѣляется или *естественнымъ положеніемъ* участковъ (natura loci) [12], или *мѣстнымъ закономъ* (напримѣръ, lex coloniae), или, наконецъ, тѣмъ, что сооруженія, направляющія стокъ воды, существуютъ уже въ теченіе *незапамятнаго времени* (vetustas) [13]. Сосѣдъ, обладающій ниже лежащимъ участкомъ, не долженъ препятствовать, чтобы вода съ верхняго участка стекала по нормальному пути на его землю [14]. Сосѣдъ, обладающій верхнимъ участкомъ, не долженъ увеличивать размѣры и скорость нормальнаго стока воды на нижній участокъ [15]. Если кто-либо изъ этихъ сосѣдой *возводитъ на своей землѣ сооруженія*, которыя грозятъ другому сосѣду вредомъ отъ измѣненія нормальнаго теченія воды, то другой сосѣдъ можетъ предъявить a. aquae pluviae arcendae для устраненія этой опасности [16]. Первоначально этотъ искъ давался только по поводу *искусственныхъ* сооруженій, которыя устроены сосѣдомъ для измѣненія теченія воды (opus manu factum) [17]. Затѣмъ онъ былъ распространенъ и на тѣ случаи, когда нормальное теченіе воды измѣнялось вслѣдствіе дѣйствія *силъ природы* (размыта насыпь, существовавшая съ незапамятнаго времени, или природный валъ) [18]. Предметомъ иска служитъ возстановленіе прежняго теченія воды. Дается искъ противъ собственника [19], эмфитевты [20], узуфруктуара [21]. Всѣ эти лица, кромѣ собственника, отвѣчаютъ только въ томъ случаѣ, если сами произвели измѣненіе и пока имѣютъ право на участокъ [22]. Они должны на свой счетъ возстановить прежнее теченіе воды [23]. Собственникъ отвѣчаетъ и тогда, когда онъ не самъ сдѣлалъ измѣненіе; но въ этомъ случаѣ онъ обязанъ только допустить отвѣтчика своими силами возстановить нормальное теченіе воды [24].

---

[10] L. 1 pr. § 2. 15. 16 L. 3 § 1 D. 39, 3.

[11] Поэтому уже законы XII таблицъ заняты этимъ вопросомъ: tab. VII, 8.

[12] L. 1 § 1. 22 D. 39, 3.

[13] L. 2 L. 1 § 23 D. 39, 3.

[14] L. 1 § 23 L. 2 pr. D. 39, 3.

[15] L. 1 § 1 L. 2 § 10 D. 39, 3.

[16] Притомъ, a. aquae pl. arc. дается лишь по поводу ущерба, понесеннаго сельскимъ участкомъ, а не зданіемъ. L. 1 § 17—20 D. 39, 3. Искъ этотъ не дается по поводу сооруженій, сдѣланныхъ „agri colendi causa". L. 1 § 3—9. 15 L. 3 § 2 L. 24 pr. D. 39, 3.— Противъ этого иска, конечно, возможны ссылки на соотвѣтственное сервитутное право. L. 2 § 10 D. 39, 3. Но собственникъ ниже лежащаго участка не можетъ возражать противъ такихъ измѣненій на вышележащемъ, которыя *уменьшаютъ* стокъ воды, хотя бы они были для него невыгодны. См. выше § 4 I. и L. 1 § 11. 21 L. 21 D. 39, 3. Ср. однако *Ferrini* § 359, который различаетъ классич. право отъ Юстиніанова.

[17] L. 1 § 10. 15 L. 3 § 2 L. 4 D. 39, 3.

[18] L. 2 § 1—7. L. 14 § 1 D. 39, 3. *Windscheid* § 473 пр. 9. *Dernburg* I § 232, 1.

[19] L. 4 pr. § 2 L. 18 pr. L. 22 D. 39, 3.

[20] L. 23 § 1 D. 39, 3.

[21] L. 22 § 2 D. 39, 3 ср. L. 3 § 4 D. eod. *Windscheid* § 473 пр. 17.

[22] L. 12. 13. 14 D. 39, 3. *Windscheid* § 473 пр. 16.

[23] L. 6 § 6 D. 39, 3. О возмѣщеніи убытковъ см. L. 14 § 3 D. 39, 3. *Windscheid* § 473 пр. 14. *Dernburg* I § 232 пр. 16.

[24] L. 4 § 2. 3 L. 5 L. 6 § 7 L. 11 § 2 L. 12 D. 39, 3.

Вчинать a. aquae pluviae arcendae можетъ собственникъ участка, которому грозитъ вредъ [25], а также эмфитефта [26] и узуфруктуаръ [27].

III. *Cautio damni infecti.* Если одинъ участокъ вслѣдствіе своего *порока* (vitium) [28] наноситъ ущербъ другому (напримѣръ, выстроенный на немъ домъ вслѣдствіе своей ветхости или плохихъ свойствъ почвы обрушится на домъ сосѣда), то собственникъ участка не отвѣчаетъ передъ сосѣдомъ за нанесенный вредъ [29], когда вредъ произошелъ безъ его вины (dolus или culpa) [30], а вслѣдствіе vitium loci, aedium, operis, т.-е. вслѣдствіе несчастнаго случая (casu), а „casus a nullo praestantur" (ср. Общ. ч., § 50) [31]. Но по преторскому праву каждый сосѣдъ можетъ заставить другого сосѣда отвѣчать и за такой вредъ. Для этого онъ долженъ вызвать его *на заключеніе съ нимъ стипуляціи*, по которой сосѣдъ обязывается къ возмѣщенію всякаго вреда, который въ будущемъ можетъ возникнуть для сосѣда отъ порочнаго состоянія принадлежащаго промиттенту участка, зданія, дерева и т. п. [32]. Если такая стипуляція заключена, и затѣмъ ожидавшееся несчастіе произойдетъ и нанесетъ вредъ стипулянту, то онъ имѣетъ противъ сосѣда искъ объ уплатѣ суммы, обѣщанной на этотъ случай по заключенной стипуляціи [33]. Эта стипуляція называлась *cautio damni infecti.* Искъ, возникавшій изъ нея, былъ обыкновенной actio ex stipulatu [34].

Стипуляція эта заключается относительно такихъ пороковъ вещей, которыя *могутъ быть устранены человѣкомъ* [35]. Отвѣтственность по ней ограничивается срокомъ, установленнымъ преторомъ [36]. Требовать ея заключенія могутъ собственникъ [37] и всѣ лица, имѣющія вещное право на участокъ [38], которому грозитъ опасность, а также добросовѣстный владѣлецъ (послѣднее спорно) [39]. Обязаны къ ея заключенію собственникъ [40], добросовѣстный владѣлецъ [41] и лица, имѣющія вещное право на грозящій опасностью участокъ [42].

---

[25] L. 6 § 4 D. 39, 3.

[26] L. 5 § 2 D 47, 7.

[27] L. 22 pr. D. 39, 3. Ср. L. 3 § 4 D. eod. *Dernburg* I § 232 пр. 20. *Windscheid* § 473 пр. 20.

[28] Vitium loci, arborum, aedium, operis. L. 24 pr. § 2. 9. 12 D. 39, 2. *Windscheid* § 458 пр. 6. 7. *Баронъ* § 315 пр. 9—8. Подъ *vitium operis* разумѣется сооруженіе на своей землѣ, грозящее причинить незаконный ущербъ землѣ сосѣда; см. *Windscheid* § 460. 1. 2. *Dernburg* I § 231 пр. 14.

[29] L. 6 D. 39, 2.

[30] При наличности субъективной вины возможна была бы actio legis Aquiliae.

[31] Возможно, однако, jus retentionis относительно вещей, попавшихъ во владѣніе потерпѣвшаго L. 7 § 2 L. 9 § 3 L. 44 pr. D. 39, 2. L. 5 § 4 D. 10, 4. *Windscheid* § 458 пр. 4.

[32] L. 7 pr. D. 39, 2.

[33] Эта сумма сводится къ возмѣщенію всего интереса со включеніемъ lucrum cessans. L. 5 § 2 L. 18 § 10 L. 28. 29. 37 D. 39, 2.

[34] Иногда притязаніе о возмѣщеніи убытковъ возникаетъ, хотя cautio, несмотря на всѣ старанія потерпѣвшаго, еще не представлена. См. *Windscheid* § 458 пр. 3. *Баронъ* § 315 пр. 36—38.

[35] L. 24 § 8 D. 39, 2.

[36] L. 4 pr. L. 13 § 15 L. 14 L. 15 pr. § 1 D. 39, 2.

[37] L. 5 § 2 L. 20 D. 39, 2.

[38] L. 5 § 2 L. 11 L. 13 § 8 L. 39 § 2 D. 39, 2. *Windscheid* § 459 пр. 4

[39] L. 11 L. 13 § 9 D. 39, 2 ср. L. 18 pr. D. 39, 2 L. 49 D. 50, 16. *Windscheid* § 459 пр. 3. *Dernburg* I § 231 пр. 5. Иногда даже detentor L. 18 pr. L. 13 § 4. 5 L. 38 pr. D. 39, 2. Подробности у *Windscheid* § 459, 1.

[40] L. 9 § 4. 5 L. 10 L. 15 § 27 L. 19 pr. L. 22 D. 39, 2. *Windscheid* § 459 пр. 10.

[41] L. 13 pr. D. 39, 2.

[42] L. 9 § 4. 5 L. 15 § 25 L. 19 pr. D. 39, 2. Подробности у *Windscheid* § 459, 2. *Dernburg* I § 231, 2.

Если сосѣдъ требуетъ заключенія этой стипуляціи, а хозяинъ угрожающаго участка *отказывается исполнить это требованіе*, то преторъ можетъ *принудить* его къ заключенію стипуляціи [43]. Для этого онъ вводитъ сосѣда, которому грозитъ опасность, во владѣніе угрожающимъ участкомъ; вслѣдствіе этой *missio in possessionem ex primo decreto* сосѣдъ получаетъ custodia и observantia по отношенію къ угрожающему участку [44]. Если, тѣмъ не менѣе, cautio не будетъ представлена [45], то преторъ даетъ *missio in possessionem ex secundo decreto* [46], вслѣдствіе которой сосѣдъ утрачиваетъ свое право на угрожающій участокъ; оно переходитъ къ сосѣду, которому грозитъ опасность, поскольку оно по природѣ своей допускаетъ такой переходъ [47].

IV. *Operis novi nuntiatio*. Если кто-либо возводитъ на земельномъ участкѣ сооруженіе, которое грозитъ ущербомъ другимъ лицамъ, то послѣднія могутъ предъявить соотвѣтственный искъ и доказать неправомѣрность этого сооруженія, чтобы добиться его уничтоженія. Такъ, напримѣръ, собственникъ участка можетъ предъявить a. negatoria, если его сосѣдъ возводитъ такія сооруженія, для возведенія которыхъ онъ долженъ былъ бы имѣть сервитутное право (напримѣръ, опираетъ балки на сосѣдній домъ). Но такого рода процессъ требуетъ много времени, и, пока онъ будетъ тянуться, сооруженіе можетъ нанести непоправимый ущербъ интересамъ истца. Въ виду этого, въ эдиктѣ претора [48] было установлено средство, при помощи котораго землевладѣлецъ могъ остановить возведеніе сооруженія, грозящаго его интересамъ, до разрѣшенія вопроса о правомѣрности этого сооруженія. Это средство есть *operis novi nuntiatio*. Состоитъ оно въ томъ, что противъ возникающаго сооруженія заявляется *торжественный протестъ* въ словесной или символической формѣ (lapilli jactus) безъ участія магистрата [49]. Этотъ протестъ заявляется какъ бы *самому сооруженію* [50], вблизи него [51], и долженъ исходить отъ управомоченнаго лица. Такимъ лицомъ является собственникъ участка, которому грозитъ вредъ [52], эмфитевта [53], суперфиціарій [54], залогоприниматель [55], узуфруктуаръ [56]. Протестъ заявляется этими лицами [57]

---

[43] Отказываясь отъ своего участка (derelictio), сосѣдъ избавляется отъ необходимости заключить cautio. L. 7 § 1 L. 9 pr. D. 39, 2.

[44] L. 7 pr. L. 15 § 20. 30 D. 39, 2. L. 12 D. 42, 4. L. 3 § 23 D. 41. 2.

[45] L. 15 § 31. 32. 39 D. 39, 2.

[46] L. 7 pr. L. 15 § 16 D. 39, 2.

[47] L. 5 pr. L. 12 L. 15 § 16. 17. 25. 26. 27. 33 L. 18 § 15 D. 39, 2 L. 5 L. 7 § 9 D. 10, 3. L. 1 pr. D. 23, 5.

[48] *Windscheid* § 466 пр. 1. Ср. *Karlowa*, II. стр. 471 слл.

[49] L. 1 § 2 D. 39, 1. Вѣроятно приглашались свидѣтели. L. 8 § 1 D. 39, 1. L. 1 § 7 D. 43, 24. *Vangerow*, III, стр. 531.

[50] In rem fit, non in personam. L. 10 D. 39, 1. Сооруженіе должно быть еще не конченное, связанное съ землею L. 1 § 1. 12 D. 39, 1. Дѣятельность нунціата должна состоять въ возведеніи, перестройкѣ или въ сносѣ, но не въ простомъ ремонтѣ сооруженія. L. 1 § 11—13 D. 39, 1.

[51] In re praesenti ita, ut domino possit renuntiari L. 5 § 1—4 D. 39, 1. Не имѣетъ значенія, былъ ли затѣмъ dominus извѣщенъ на самомъ дѣлѣ, или нѣтъ. L. 1 § 5 L. 10. 11 D. 39, 1.

[52] О condomini см. L. 3 § 1. 2 L. 5 § 6 D. 39, 1.—L. 5 § 5 D. eod.

[53] *Dernburg* I § 233 pr. 13.

[54] L. 3 § 3 D. 39, 1.

[55] L. 1 § 5 D. 43, 25.

[56] L. 1 § 20 L. 2 D 39, 1. L. 1 § 4 D. 43, 25. Конечно, также и b. f. possessor. *Vangerow* III, стр. 531. *Windscheid* § 466 пр. 5. Нунціація можетъ быть сдѣлана procurator'омъ этихъ лицъ, но не рабомъ. L. 1 § 3. L. 5 § 1. 18 D. 39. 1.

[57] Согласно классификаціи Ульпіана въ L. 1 § 16 D. 39, 1; ср. классификацію Павла L. 5 §.9 D. eod.

или *juris nostri conservandi causa* (напримѣръ, для защиты свободы собственности протестующаго лица отъ сервитута; для того, чтобы были соблюдены сосѣдомъ законныя ограниченія собственности, заставляющія его non facere и т. п.)[58], или же *damni depellendi causa* (чтобы принудить сосѣда къ предоставленію cautio damni infecti по поводу начатаго сооруженія)[59]. Кромѣ того, operis novi nuntiatio можетъ быть заявлена *juris publici tuendi* causa[60], т.-е. для защиты отъ нарушеній законныхъ нормъ о пользованіи res publicae, sacrae и religiosae[61].

Послѣдствія operis novi nuntiatio[62] состоятъ въ томъ, что нунціатъ долженъ *пріостановить* свое сооруженіе и можетъ возобновить его только тогда, когда докажетъ въ петиторномъ процессѣ свое право на возведеніе сооруженія. Если же онъ не пріостановитъ сооруженія послѣ operis novi nuntiatio, то нунціантъ получаетъ противъ него interdictum demolitorium[63]. Путемъ этого интердикта нунціантъ[64] заставляетъ нунціата *разрушить* начатое сооруженіе; нунціатъ при этомъ *уже не можетъ ссылаться на свое jus aedificandi*[65] (для этого онъ можетъ начать новый процессъ, но уже по разрушеніи сооруженія), ни даже на то, что онъ не зналъ о происшедшей о. n. n.[66], (nuntiatio дѣлается не лицу, а сооруженію). Интердиктъ вчиняется противъ всякаго владѣльца участка, на которомъ сдѣлано сооруженіе вопреки nuntiatio. Если владѣлецъ не самъ возвелъ сооруженія, или возвелъ его, не зная о nuntiatio, то онъ долженъ дозволить истцу уничтожить сооруженіе своими силами.

V. *Interdictum quod vi aut clam.* Interdictum quod vi aut clam—*деликтный искъ*[67], который возникаетъ вслѣдствіе того, что кто-либо *тайно или насильственно* совершилъ для осуществленія своихъ истинныхъ или мнимыхъ правъ такія дѣйствія на своемъ или чужомъ *земельномъ участкѣ*, которыми проявилъ *пренебреженіе* къ охраняемымъ правомъ интересамъ другого лица. Предметомъ своимъ интердиктъ имѣетъ возстановленіе прежняго состоянія, при чемъ *вопросъ о правѣ отвѣтчика* на совершеніе дѣйствій, вызвавшихъ измѣненіе этого состоянія, не можетъ быть возбужденъ.

Условія предъявленія интердикта таковы: 1) *Отвѣтчикъ* долженъ совершить какое-либо воздѣйствіе на *земельный участокъ* или его составную часть[68] (напримѣръ, сооруженіе, разрушеніе и перестройка зданій, плотинъ и канавъ, вспахиваніе земли, свалка земли, загрязненіе воды въ ко-

---

[58] L. 1 § 17 D. 39, 1. L. 3 pr. D. 11, 8. *Windscheid* § 466 пр. 5. *Vangerow*, ст. 530.

[59] L. 1 § 17—19 D. 39, 1.

[60] L. 3 § 4 L. 5 pr. D. 39, 1.

[61] L. 1 § 16. 17 L. 5 § 9 D. 39, 1.

[62] Operis novi nuntiatio теряетъ силу въ случаѣ смерти нунціанта, а также и отчужденія участка, въ интересахъ котораго она сдѣлана. L. 8 § 6 D. 39, 1. Объ установленномъ для ея дѣйствія срока см. L. 14 C. 8, 10. *Dernburg* I § 233 пр. 24. *Vangerow* стр. 539.

[63] Текстъ его см. въ L. 20 pr. D. 39, 1. *Lenel*, Edictum perpetuum § 257

[64] Доказавъ свою легитимацію къ совершенію operis novi nuntiatio: *Dernburg* I § 233 пр. 26. *Vangerow* III, стр 536; ср. *Windscheid* § 466 пр. 13.

[65] L. 20 pr. § 1. 3. 4 L 1 pr. § 7 D. 39, 1. *Dernburg* I § 233, 3.

[66] L. 23 L. 8 § 7 D. 39, 1.

[67]) См. выраженія источниковъ объ его основаніи въ L. 1 § 1. 2 L. 11 § 6 D. 43, 24; дается noxaliter L. 7 § 1 L. 14 D. 43, 24. Текстъ интердикта см. у *Lenel*, op. cit., § 256. Срокъ: annus utilis L. 15 § 3—6 L. 22 pr. D. 43, 24.

[68]) L. 1 § 4 L. 20 § 5 D. 43, 24, но не на движимую вещь, не связанную съ землей. L. 20 § 4 D. eod.

лодцѣ) [69], и при томъ совершить эти дѣйствія *вопреки запрету истца* (т.-е. vi) или *тайно* отъ истца (clam) [70]. Запретъ [71] можетъ быть выраженъ въ любой формѣ, словомъ, символическимъ дѣйствіемъ или даже фактическимъ сопротивленіемъ [72]. Если лицо, предпринимающее сооруженіе, находитъ, что объявленный ему запретъ составляетъ *нарушеніе его юридическаго владѣнія* [73], то оно можетъ оспорить запретъ посредствомъ интердикта, защищающаго юридическое владѣніе (напр., interd. uti possidetis). [74] 2) *Истцомъ* по интердикту quod vi aut clam можетъ выступить не только собственникъ участка или вещно-управомоченное лицо, но всякій, кто имѣетъ серьезный интересъ [75] въ томъ, чтобы данное предпріятіе не было закончено [76], напримѣръ, арендаторъ [77]. Истецъ долженъ доказать наличность своего интереса. Отвѣтчикъ не освобождается ссылкою на свое jus aedificandi [78]. *Интердиктъ не дается*, если дѣйствіе vi aut clam совершено для того, чтобы *уничтожить сооруженіе*, тоже возведенное vi aut clam [79], или если дѣйствіе совершено vi aut clam въ состояніи *крайней необходимости* для отвращенія неминуемой опасности, когда на мѣстѣ не было компетентнаго магистрата [80]. Интердиктъ дается противъ *всякаго владѣльца* сооруженія, хотя бы невиновнаго лично въ его возведеніи [81], но въ послѣднемъ случаѣ отвѣтственность владѣльца ограничивается обязанностью позволить истцу своими силами уничтожить сооруженное vi aut clam [82].

---

[69]) Источники см. у *Windscheid* § 465, пр. 2; ср. *Vangerow* III, стр. 542. *Dernburg* I, § 234, 2.

[70] L. 3 § 7. 8 L. 4 D. 39, 1.

[71] Запретъ можетъ быть сдѣланъ черезъ procurator'а и даже черезъ раба. L. 3 pr. L. 17 D. 43, 24. Онъ не погашается смертью prohibens (L. 13 § 5 D. 43, 24) и отчужденіемъ участка (arg. L. 11 § 9 D. 39, 1).

[72] L. 1 § 5 sqq. L. 20 § 1 D. 43, 24.

[73] L. 3 § 2—4 D. 43, 17. L. 8 § 5 D. 8, 5. L. 52 § 1 D. 42, 1. L. 11 D. 43, 16. Operis novi nuntiatio не нарушаетъ владѣнія.

[74] *Vangerow* стр. 547 сл. *Arndts* § 329, пр. 3. Ср. однако *Dernburg*, I, § 234, пр. 20, 21. Противъ теоріи Дернбурга, согласно которой int. quod vi aut clam не можетъ имѣть мѣста противъ лица, совершающаго opus *in suo* говоритъ L. 22 § 2 D. 43, 24 (*invicem egerimus*), а также L. 6 § 1 D. 8, 5 (здѣсь имѣется въ виду не possessio въ юридич. смыслѣ см. *Windscheid* § 465, пр. 18). Относительно L. 5 § 10 D. 39, 1 см. *Windscheid*. l. c. Относительно L. 7 § 2 D. 43, 24 см. *Vangerow* стр. 549.

[75] Интересъ можетъ быть и неимущественный L. 11 § 1 L. 16 § 1 D. 43, 24, но онъ долженъ быть наличнымъ въ данный моментъ. L. 11 § 9 D. eod. L. 13 § 12 D. 19, 1.

[76] L. 11 § 14 D. 39, 1.

[77] L. 11 § 12 D. 43, 24; ср. еще L. 12. 13 pr § 3 L. 16 pr. D. eod.—Владѣніе *въ моментъ вчинанія* интердикта не требуется. L. 11 § 8 D. 43, 24.

[78] L. 1 § 2 D. 43, 24. *Windscheid* § 465, пр. 9.

[79] L. 7 § 3 L. 22 § 2 D. 43, 24.

[80] L. 7 § 4 D. 43, 24. Не возникаетъ интердиктъ и тогда, когда насиліе произведено съ разрѣшенія компетентнаго магистрата. L. 3 § 4 D. eod.

[81] L. 15 pr. D. 43. 24.

[82] L. 16 § 2 L. 15 § 7 D. 43, 24. См. еще L. 6. 13 § 7 L. 15 § 2 D. eod.—L. 15 § 3 D. eod.

ОТДѢЛЪ II.

Юридическое владѣніе (possessio).

Глава I. Общія понятія.

§ 15. Понятіе о владѣніи. Его значеніе въ правѣ.

Jus possidendi, possessio и detentio. Possessorium и petitorium.

I. Владѣніе есть *фактическое господство лица надъ вещью.* Это фактическое господство не предполагаетъ непремѣнно *физическаго воздѣйствія* лица на вещь; для его наличности достаточно *такого отношенія между лицомъ и вещью, при которомъ при обычныхъ условіяхъ владѣлецъ можетъ разсчитывать на продолжительное и обезпеченное отъ посягательствъ третьихъ лицъ и отъ препятствій со стороны силъ природы распоряженіе вещью.* Поэтому, напримѣръ, въ моемъ владѣніи находятся бревна, сложенныя мною для возведенія постройки на открытомъ мѣстѣ или сплавляемыя по рѣкѣ; но не составляютъ объекта моего владѣнія вещи, унесенныя рѣкой во время разлива, или кошелекъ, забытый мною въ томъ мѣстѣ, гдѣ сложены мои бревна [1]. Кромѣ фактическаго господства надъ вещью, существуетъ *право на полное и безпрепятственное господство надъ вещью.* Это право есть *право собственности* (dominium; proprietas); въ отличіе отъ него фактическое господство называется *владѣніемъ* (possessio). На разговорномъ, неюридическомъ языкѣ эти два слова часто смѣшиваются: о владѣніи говорятъ тамъ, гдѣ имѣютъ въ виду собственность; этимъ грѣшили сами римляне: у нихъ также въ словоупотребленіи повседневной жизни именемъ „possessores" обозначались земельные собственники [2]. На языкѣ юристовъ такое смѣшеніе терминовъ недопустимо. Владѣніе—институтъ, совершенно отличный отъ права собственности; собственникъ вещи можетъ не быть ея владѣльцемъ и, наоборотъ, владѣть вещью можетъ и не собственникъ. L. 12 § 1 D. 41, 2. Ulp. 70 ed. Nihil commune habet proprietas cum possessione. L. 1 § 2 D. 43, 17. Ulp. 69 ed. Separata esse debet possessio a proprietate.

---

[1] Лицо, которое возьметъ бревно, знаетъ, что оно совершаетъ кражу, а лицо поднимающее кошелекъ, основательно считаетъ, что нашло чужую вещь, потерянную ея хозяиномъ. См. объ этомъ подробнѣе ниже § 22.

[2] L. 78 D. 50, 16 L. 15 D. 2, 8. *Windscheid* § 148, пр. 2.

II. *Значеніе владѣнія въ гражданскомъ правѣ* сводится къ слѣдующему:

1) Владѣніе вещью есть *необходимое условіе для того, чтобы собственникъ могъ пользоваться своей вещью.* Чтобы собственникъ могъ эксплоатировать вещь, онъ долженъ предварительно получить фактическое господство надъ нею. „Собственность безъ владѣнія", говоритъ Іерингъ, „была бы кладовою безъ ключа, фруктовымъ деревомъ безъ лѣстницы, которая необходима, чтобы срывать плоды". Не имѣя владѣнія вещью, собственникъ не можетъ ни непосредственно uti, frui, consumere, ни исполнять заключенныхъ имъ актовъ передачи пользованія этой вещью другимъ лицамъ (отдача въ аренду и т. п.). Поэтому весьма важнымъ элементомъ права собственности является искъ (rei vindicatio), при помощи котораго собственникъ получаетъ возможность вытребовать владѣніе вещью, какимъ бы путемъ владѣніе ни было имъ утрачено, и въ чьи бы руки его вещь ни попала. Условіями проведенія этого иска является право собственности на сторонѣ истца и владѣніе вещью на сторонѣ отвѣтчика. Такимъ образомъ изъ права собственности вытекаетъ *право на владѣніе вещью*, дающее собственнику возможность добыть себѣ владѣніе вещью изъ рукъ каждаго третьяго лица. Это право называется *jus possidendi* (ср. выше § 1, III).

2) Владѣніе у Римлянъ является *составнымъ элементомъ почти всѣхъ способовъ пріобрѣтенія права собственности.* Только въ сдѣлкахъ mortis causa (наслѣдованіе, легатъ) собственность можетъ передаваться безъ передачи владѣнія. Въ оборотѣ же inter vivos (согласно позднѣйшему римскому праву) передача или пріобрѣтеніе владѣнія является составной частью почти всѣхъ главнѣйшихъ способовъ пріобрѣтенія собственности. Недостаточно, напримѣръ, одного договора о переходѣ собственности отъ одного лица къ другому; собственность переходитъ лишь съ передачею владѣнія вещью на основаніи этого договора (traditio); право требуетъ, чтобы собственность при самомъ своемъ возникновеніи проявилась во всей своей полнотѣ, реально воплотилась бы во владѣніи. Точно также захватъ владѣнія есть главный элементъ того способа пріобрѣтенія собственности, который носитъ названіе occupatio rei nullius, или того, который именуется perceptio fructuum. Въ качествѣ длительнаго состоянія владѣніе, при наличности въ немъ нѣкоторыхъ особенныхъ свойствъ, приводитъ къ возникновенію права собственности по давности (usucapio).

3) Наибольшее значеніе въ правѣ придаетъ владѣнію слѣдующее его свойство. *Владѣніе вещью само по себѣ, независимо отъ права собственности на нее, часто пользуется юридической защитой*[3]. Этой защитой пользуется владѣлецъ, какъ таковой, не взирая на то, вытекаетъ ли его владѣніе изъ принадлежащаго ему jus possidendi, или же оно возникло *неправомѣрнымъ путемъ*, безъ всякаго юридическаго титула[4]. Правда, защита владѣнія дается не всякому лицу, имѣющему фактическую власть надъ вещью; для ея наличности необходимо имѣть такъ наз. *animus domini*, и тѣ держатели вещей, которые не имѣютъ этого animus domini, лишены специфической защиты владѣнія (detentores).

---

[3] О происхожденіи этой защиты см. *Girard* стр. 272 слл. *Dernburg* I § 171. *Windscheid* § 148 пр. 5. *Costa* II, стр. 84 сл. *Karlowa* II, стр. 313 сл.

[4] L. 2 D. 43, 17. Paulus 65 ed. Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.

Въ силу этой защиты владѣлецъ вещи можетъ требовать, чтобы никто иной (даже лицо, имѣющее jus possidendi) *самоуправно не препятствовалъ ему* спокойно продолжать свое владѣніе. Владѣлецъ, пользующійся юридической защитой владѣнія, можетъ не только *насиліемъ отражать* направленное на нарушеніе его владѣнія *насиліе*: это право имѣетъ не только владѣлецъ, который пользуется спеціальной владѣльческой защитой, но каждое лицо: vim vi repellere licet (см. Общ. ч. § 55, I); владѣлецъ, который пользуется владѣльческой защитой, можетъ сверхъ того *вернуть обратно владѣніе, которое было у него самоуправно отнято*. Лицо, отнявшее владѣніе у другого, не можетъ противъ притязанія о возвратѣ владѣнія ссылаться даже на свое jus possidendi. Оно должно вернуть владѣльцу отнятую у послѣдняго вещь и затѣмъ уже можетъ особымъ искомъ, основаннымъ на jus possidendi (rei vindicatio), добиваться признанія своего права на владѣніе судебнымъ путемъ, и только въ случаѣ выигрыша дѣла получаетъ владѣніе вещью отъ незаконнаго владѣльца. Такимъ образомъ, владѣлецъ защищается отъ посягательствъ на его владѣніе со стороны третьихъ лицъ особыми владѣльческими интердиктами.

Эта защита владѣнія носитъ однако *провизорный характеръ* въ томъ смыслѣ, что владѣлецъ лишается своего владѣнія, лишь только другое лицо судебнымъ порядкомъ, въ формѣ иска о правѣ, докажетъ наличность у него права на владѣніе (jus possidendi), возникшаго на основаніи какого-либо титула, и обнаружитъ отсутствіе у наличнаго владѣльца такого права на владѣніе.

III. Такимъ образомъ, владѣніе защищается независимо отъ того, имѣетъ ли владѣлецъ jus possidendi, или нѣтъ. Тѣмъ не менѣе, какъ уже указано выше, не всякій владѣлецъ, какъ таковой, пользуется описанной владѣльческой защитой. Въ этомъ отношеніи различается *юридическое владѣніе* въ тѣсномъ смыслѣ (просто *possessio* или possessio ad interdicta) и не защищенное интердиктами *держаніе* вещи (possessio naturalis или *detentio*). Это различіе обусловливается тѣмъ, имѣетъ ли владѣлецъ animus domini или нѣтъ. (Подробно объ этомъ будетъ сказано въ §§ 18 и 19).

IV. Защита владѣнія, какъ таковаго, отъ самоуправныхъ посягательствъ на него имѣетъ, какъ мы видѣли, провизорный характеръ и называется технически *possessorium* (современный терминъ). При спорѣ о владѣніи исключается принципіально всякій *вопросъ о правѣ на владѣніе* (jus possidendi); судья рѣшаетъ только, кто изъ спорящихъ владѣлецъ, и устраняетъ самоуправныя нарушенія владѣнія. Въ отличіе отъ спора о владѣніи самый *споръ о правѣ* на вещь, который долженъ возбудить управомоченный невладѣлецъ для полученія владѣнія отъ неправомѣрнаго владѣльца, называется *petitorium* (также современный терминъ).

§ 16. Есть ли юридическое владѣніе фактъ или право?

I. Все ученіе о юридическомъ владѣніи, его существѣ, условіяхъ и юридическихъ послѣдствіяхъ, въ высшей степени спорно[1]. Споренъ и вопросъ есть ли юридическое владѣніе фактъ или право? Рѣшеніе его зави-

[1] Обзоръ литературы см. у *Windscheid* § 150 пр. 1.

ситъ, главнымъ образомъ, отъ того опредѣленія, которое дается *самому понятію субъективнаго права*. Такъ, напримѣръ, Дернбургъ, который опредѣляетъ субъективное право, какъ участіе въ жизненныхъ благахъ, обезпеченное за какимъ-либо лицомъ со стороны юридическаго порядка (Pand. I, § 39), съ этой точки зрѣнія приходитъ къ выводу, что юридическое владѣніе не право, а фактъ, который только приводитъ къ извѣстнымъ юридическимъ послѣдствіямъ (Pand. I, § 169).

II. Мы опредѣлили субъективное право, какъ сферу свободы или власти, обезпеченную за субъектомъ нормами объективнаго права для того, чтобы субъектъ могъ удовлетворить какому-либо признанному правомъ интересу. Исходя изъ этого опредѣленія, слѣдуетъ признать, что юридическое владѣніе, т.-е. владѣніе, защищаемое владѣльческими интердиктами, *есть право*, но право съ довольно скуднымъ содержаніемъ. Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь налицо и обезпеченная объективнымъ правомъ за субъектомъ сфера власти, и интересъ субъекта, какъ цѣль установленія этой сферы власти. *Власть* состоитъ въ возможности для владѣльца путемъ интердиктовъ требовать, чтобы его владѣніе не нарушалось самоуправно; *интересъ* же въ сохраненіи владѣнія очевиденъ изъ того, что было сказано о значеніи владѣнія, какъ необходимаго условія хозяйственной эксплоатаціи вещей даже со стороны собственника (объ общественномъ интересѣ, который приводитъ къ установленію защиты владѣнія см. ниже § 17).

III. *Содержаніе права владѣнія* довольно скудно, и *сила* этого права незначительна: владѣлецъ, который не имѣетъ jus possidendi, долженъ уступить управомоченному на владѣніе лицу, лишь только послѣднее докажетъ свое jus possidendi. Но отъ этого владѣніе не перестаетъ быть правомъ въ субъективномъ смыслѣ, и источники, дѣйствительно, называютъ его правомъ — jus possessionis. (L. 44 pr. D. 41, 2. L. 2 § 38 D. 43, 8). Право владѣнія имѣетъ то *общее со всѣми субъективными правами*, что оно возникаетъ на основаніи фактическихъ состояній; владѣльческая защита начинается лишь съ установленіемъ фактическаго господства лица надъ вещью. Это не составляетъ особенности владѣнія: всякое право возникаетъ лишь въ результатѣ наступленія производящаго его фактическаго состава (Общ. ч. § 34). *Особенность владѣнія* состоитъ только въ слѣдующемъ: „При всѣхъ другихъ правахъ, напримѣръ, собственности, обязательствѣ — право, лишь только оно возникло, отрѣшается отъ производящаго его факта (напримѣръ, отъ традиціи, договора, деликта); этотъ фактъ принадлежитъ уже прошлому и продолжаются лишь его слѣдствія. При владѣніи же продолженіе соотвѣтствующаго фактическаго состоянія является условіемъ существованія притязанія на защиту владѣнія; владѣлецъ имѣетъ право, только пока онъ (фактически) владѣетъ. Эта противоположность можетъ быть кратко выражена слѣдующимъ образомъ: при всѣхъ другихъ правахъ правопорождающій фактъ есть преходящее условіе возникновеніе права, а при владѣніи *фактъ вмѣстѣ съ тѣмъ составляетъ постоянное условіе существованія права*“ [2].

IV. Положенію, что юридическое владѣніе есть право, не противорѣчитъ то обстоятельство, что владѣльческая защита обезпечивается *даже не-*

---

[2] *Ihering*, въ Handwörterbuch d. Staatswissensch. v. Conrad, т. II стр. 417. Ср. также *Kniep* der Besitz des BGB (1900 г.), стр. 6. Только имѣя въ виду эту необходимую фактическую основу владѣнія, нѣкоторыя мѣста источниковъ называютъ владѣніе res facti, non juris (L. 1 § 3 D. 41, 2. L. 19 D. 4, 6).

правомѣрному владѣльцу, напримѣръ вору, и что такимъ образомъ нарушеніе права какъ бы даетъ нарушителю особое право. Это явленіе встрѣчается и въ другихъ областяхъ: неправомѣрный спецификантъ чужого матеріала иногда становится собственникомъ новой вещи; охотникъ, по римскому праву, дѣлается собственникомъ убитой имъ на чужой землѣ дичи.

§ 17. Основаніе защиты владѣнія.

I. Въ чемъ состоитъ законодательное основаніе защиты владѣнія? Почему право даетъ владѣльческую защиту отъ нападеній всякому владѣльцу, правомѣрному и неправомѣрному, и ни въ какомъ случаѣ не позволяетъ нарушителю владѣнія въ спорѣ о владѣніи ссылаться на свое право на владѣніе (jus possidendi)? Не представляется ли страннымъ институтъ, который въ результатѣ можетъ привести къ тому, что явно неправомѣрный владѣлецъ получитъ защиту противъ собственника вещи; къ тому, что собственникъ принужденъ вернуть вещь такому владѣльцу, если онъ отнялъ ее самоуправно, и возбудить для полученія ея обратно особый петиторный процессъ? Этотъ вопросъ также одинъ изъ самыхъ спорныхъ въ наукѣ. Со временъ Савиньи и до нашихъ дней высказано было не мало разнорѣчивыхъ воззрѣній по этому поводу. Мы ограничимся краткой характеристикой важнѣйшихъ изъ нихъ [1].

II. По мнѣнію *Савиньи* [2] владѣніе, само по себѣ, не есть право, а фактъ. Если право преслѣдуетъ извѣстные случаи нарушенія владѣнія, то лишь въ виду того, что ими нарушается неприкосновенность владѣющаго лица. Всякое насильственное вторженіе въ существующія фактическія отношенія само по себѣ неправомѣрно и вызываетъ репрессію. Для этой именно цѣли владѣлецъ получаетъ владѣльческіе интердикты, которые, какъ учитъ Савиньи, носятъ деликтный характеръ. Согласно этому взгляду, ученіе о владѣніи слѣдовало бы разсматривать въ обязательственномъ правѣ (obligationes ex maleficio).— Это мнѣніе, однако, несомнѣнно очень одностороннe. Изъ всѣхъ владѣльческихъ интердиктовъ только int. unde vi имѣетъ деликтный характеръ. Всѣ остальные носятъ иной характеръ, въ особенности важнѣйшій изъ владѣльческихъ интердиктовъ: int. uti possidetis. Съ помощью этого послѣдняго интердикта споръ о владѣніи часто рѣшается такъ, какъ при rei vindicatio рѣшается споръ о правѣ. Вообще, хотя этотъ интердиктъ „защищаетъ владѣніе отъ нарушенія и насилія, но насиліе и деликтъ не являются его предположеніями“ [3]. Сверхъ того, теорія Савиньи не объясняетъ и не можетъ объяснить, почему въ римскомъ правѣ оставлена безъ защиты detentio alieno nomine, обладаніе вещами extra commercium и т. п. [4].

III. По другому воззрѣнію, главнымъ выразителемъ котораго является *Брунсъ* [5], основой для защиты владѣнія является воля лица, получающая

---

[1] См. обзоръ литературы у *Іеринга*. Объ основаніи защиты владѣнія (рус. пер. 1883 г.), стр. 1—38. *Windscheid* § 148 пр. 6. *Dernburg* I § 170. *Sokolowski*, Die Philosophie im Privatrecht, т. II (1907).

[2] Das Recht des Besitzes (1-е изд. 1803 г.; здѣсь цитируется 7 изд. 1865 г.), стр. 55 сл., см. также стр. 30 сл.; 48 сл.

[3] *Dernburg* I, § 170. *Іерингъ* op. cit. стр. 14 сл., 75 сл.

[4] *Іерингъ* op. cit. стр. 8 сл.

[5] См. также *Windscheid* § 148, текстъ къ прим. 6. *Ferrini* Man. di Pand. §§ 236 и 238.

свое фактическое воплощеніе во владѣніи. Эта воля, хотя бы и не находящаяся въ согласіи съ правомъ, подлежитъ защитѣ, какъ таковая. „Уже реализованная воля господствовать надъ вещью, какъ таковая, имѣетъ преимущество передъ волей, еще стремящейся къ реализаціи... такъ какъ ея реализація возможна лишь черезъ вытѣсненіе уже реализированной воли, а въ этомъ содержится оскорбленіе этой воли и вмѣстѣ съ тѣмъ самого лица и его свободы“ [6]. Остается необъясненнымъ одно: въ спорѣ о владѣніи лицо стоитъ противъ лица и воля противъ воли; почему предпочтеніе отдается той волѣ, которая воплотилась уже во владѣніи, передъ тою, которая еще стремится воплотиться во владѣніи? [7]

IV. Третье воззрѣніе, выдвинутое *Іерингомъ* [8], сводится къ слѣдующему. Владѣніе защищается, какъ фактическое проявленіе, какъ *видимость собственности* (Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigentums). При обычномъ ходѣ событій огромное большинство владѣльцевъ являются вмѣстѣ съ тѣмъ и собственниками [9]. Поэтому наличность владѣнія вещью создаетъ для владѣльца презумцію собственности; напротивъ, отсутствіе владѣнія заставляетъ предполагать и отсутствіе собственности. Въ силу этихъ соображеній законъ возлагаетъ тяжесть доказыванія права собственности на невладѣющее лицо, которое претендуетъ на это право, а владѣльца избавляетъ отъ необходимости въ случаѣ спора о собственности предъявлять петиторный искъ и доказывать свое право. Въ результатѣ, конечно, въ конкретномъ случаѣ можетъ оказаться, что законъ возложилъ на настоящаго собственника обязанность вчинить rei vindicatio и представить доказательства своего права собственности, между тѣмъ какъ владѣющій несобственникъ безпрепятственно пользуется владѣніемъ, не приводя и не имѣя возможности привести съ своей стороны доказательства своего права. Но это—необходимое зло, съ которымъ приходится мириться. Право, установляя защиту владѣнія, какъ таковаго, хочетъ облегчить защиту своихъ правъ лицамъ, которыя по нормальному ходу вещей прежде всего могутъ быть сочтены за собственниковъ. Такъ какъ существеннымъ условіемъ для облегченія защиты этимъ лицамъ является устраненіе, при обсужденіи ихъ притязанія о возвратѣ владѣнія, всякаго вопроса о правѣ, то приходится мириться съ отдѣльными случаями облегченія защиты владѣющему несобственнику противъ невладѣющаго собственника [10].

Такимъ образомъ, по мнѣнію Іеринга, владѣніе защищается не ради владѣнія, а ради собственности. Владѣніе есть форпостъ собственности (Vorwerk des Eigentums). Защита владѣнія есть лишь облегченный способъ защиты права собственности, обезпеченный тѣмъ собственникамъ, которые благодаря своему владѣнію имѣютъ за себя презумцію права собственности. Во всякомъ случаѣ торжество несобственника надъ собственникомъ въ спорѣ о владѣніи лишь временное, ибо невладѣющій собственникъ, побѣжденный въ

---

[6] *Bruns* въ Holtzend. Encykl. изд. 2, т. I, стр. 357; ср. изд. 5, стр. 473.

[7] *Dernburg* I, § 170, пр. 9; см. также *Іерингъ* op. cit. стр. 24 слл.

[8] *Іерингъ* op. cit. стр. 38 слл.; 178 слл. См. также *Girard*, стр. 259; въ русск. лит. *Муромцевъ*, Очерки общей теоріи гражданскаго права (1877 г.), стр. 123—179. Гражданское право древняго Рима (1883 г.), стр. 547 слл.

[9] Ср. къ этому *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1900 г.), стр. 309 сл.

[10] Ср. Cic. de legibus 3, 10, 23. Ego enim fateor, in ista ipsa potestate [*scil.* tribunorum] inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quaesitum, sine isto malo non haberemus.

спорѣ о владѣніи, не замедлитъ предъявить петиторный искъ и, доказавши свое jus possidendi, вытребуетъ владѣніе вещью.

Въ пользу теоріи Іеринга говорятъ нѣкоторыя постановленія римскаго права. Защита владѣнія допускалась только по отношенію къ вещамъ, способнымъ стоять въ частной собственности (не res extra commercium); этой защитой пользуются только лица, которыя правоспособны къ пріобрѣтенію собственности (ея не имѣютъ рабы). Противъ Іеринга говоритъ слѣдующее соображеніе [11]: если бы защита владѣнія дѣйствительно была введена ради собственниковъ, то право должно бы было въ поссесорномъ процессѣ допустить ссылку невладѣющаго собственника на свое право хотя бы въ такихъ случаяхъ, когда право собственности невладѣющаго лица совершенно очевидно и безспорно.

V. Наконецъ, *Дернбургъ* (Pand. I, § 170) предлагаетъ слѣдующее рѣшеніе. Онъ указываетъ на экономическій моментъ [12]. „Владѣніе есть наличный порядокъ общественныхъ отношеній, наличное распредѣленіе благъ, состоящихъ въ вещахъ. Владѣніе непосредственно доставляетъ индивиду орудія труда, средства для удовлетворенія его потребностей. Произвольное нарушеніе этихъ фактическихъ отношеній можетъ привести къ неисправимому замѣшательству. Неприкосновенность нашего фактическаго имущественнаго положенія является поэтому однимъ изъ условій организованнаго общежитія. Она не менѣе необходима для существованія гражданскаго общества, чѣмъ защита правъ". (Въ поясненіе послѣднихъ словъ напомнимъ, что по Дернбургу владѣніе есть фактъ, а не право).

VI. Всѣ эти теоріи содержатъ долю правды. Въ пользу защиты владѣнія говорятъ всѣ приведенныя соображенія. Но ни одно изъ указанныхъ основаній само по себѣ не можетъ объяснить *всѣхъ* правилъ исторически сложившагося института владѣнія у римлянъ: нѣкоторыя нормы, регулирующія владѣніе, сложились подъ преобладающимъ вліяніемъ одной идеи, другія— подъ вліяніемъ другой [13].

Глава II. Виды владѣнія.

§ 18 Юридическое владѣніе. Господствующее ученіе.

I. Мы видѣли, что владѣніе сопровождается юридическими послѣдствіями; главнымъ послѣдствіемъ является *защита владѣнія* посредствомъ особыхъ интердиктовъ; далѣе, владѣніе при извѣстныхъ условіяхъ служитъ основой для пріобрѣтенія собственности *по давности; кто владѣетъ рабомъ, тотъ отвѣчаетъ по a. noxalis* за деликты этого раба [1] и т. д. Владѣніе, снабженное юридическими послѣдствіями, есть юридическое владѣніе въ техническомъ смыслѣ, possessio.

---

[11] *Windscheid* § 148, пр. 6. *Dernburg* 1, § 170, пр. 7 L. 1, § 4. D. 41, 2. Ср. самъ *Іерингъ* op. cit. стр. 74.

[12] Еще раньше аналогичное воззрѣніе развивалъ *Stahl*, Philosophie d. Rechtes, т. 2, ч. I, стр. 364 слл. (2 изд.).

[13] Ср. J. *Appleton*, Essai sur le fondement de la protection possessoire 1892 г., стр. 90 слл. *Kuntze*: Zur Besitzlehre (1890), § 15.

[1] L. 11 L. 13 L. 19 § 1 L. 21 § 2 L. 22 pr. § 1. 2 D. 9, 4. Paulus 2, 31, 37 cf. L. 27 § 3 D. 9, 2. *Kuntze* op. cit. § 16. *Accarias* II, § 885.

Юридическое владѣніе предполагаетъ, прежде всего, не только фактическое господство надъ вещью, но и *сознаніе или желаніе этого господства*. Сумасшедшій, ребенокъ младенческаго возраста, спящій—не владѣютъ вещами, которыя находятся въ ихъ рукахъ [2]; у нихъ не достаетъ сознанія или желанія господствовать надъ вещью. Сознаніе или воля лица, такимъ образомъ, лежитъ въ основѣ юридическаго владѣнія.

Но не всякое сознаніе, не всякая воля обладателя вещи достаточны, чтобы обладаніе стало юридическимъ владѣніемъ. Со временъ Савиньи [3] твердо установилась доктрина, которая, основываясь на источникахъ римскаго права, считаетъ юридическимъ владѣльцемъ только того обладателя вещи, который проявляетъ *желаніе присвоить себѣ вещь вполнѣ* [4], который не признаетъ какой-либо высшей власти по отношенію къ вещи, составляющей объектъ его господства. Юридическій владѣлецъ есть лицо, которое *желаетъ господствовать надъ вещью, подобно собственнику* [5]. При этомъ не требуется, чтобы это лицо дѣйствительно *считало себя за собственника*: воръ или разбойникъ господствуютъ надъ присвоенными ими вещами съ намѣреніемъ относиться къ этимъ вещамъ, какъ къ своимъ собственнымъ, хотя они знаютъ, что они не собственники ихъ.

Такимъ образомъ, юридическими владѣльцами могутъ быть слѣдующія лица: 1) *дѣйствительные собственники* вещей и 2) *мнимые собственники;* эти послѣдніе въ свою очередь дѣлятся на два разряда: они могутъ *не знать* о томъ, что они не собственники, или же они могутъ *знать* объ этомъ и тѣмъ не менѣе выдавать себя за собствениковъ.

Намѣреніе господствовать надъ вещью подобно собственнику, т.-е. не признавая никакой высшей власти надъ вещью, является *необходимымъ условіемъ* юридическаго владѣнія согласно ученію римскихъ юристовъ. Лица, которыя фактически господствуютъ надъ вещью *безъ этого намѣренія*, т.-е. признавая надъ этими вещами высшую власть иного лица, которое они считаютъ за собственника, не являются владѣльцами, possessores. Ихъ обладаніе вещами именуется римскими юристами не possessio, а *detentio alieno nomine* или *naturaliter tenere, in possessione esse* [6]. Таково обладаніе вещами со стороны, напримѣръ, *нанимателей, поклаже- или ссудопринимателей* [7]. Эти лица признаютъ, что они не могутъ пользоваться вещью, какъ имъ угодно, что ихъ власть надъ вещью опредѣлена условіями договора съ собственникомъ вещи. Пока они не нарушаютъ правъ собственника вещи, они—только detentores данной вещи, а *possessio вещи принадлежитъ лицу, которое считается ея хозяиномъ* [8]. Наниматели, поклаже- и ссудоприниматели, такимъ образомъ, только удерживаютъ вещь на чужое имя; ихъ отношеніе къ

---

[2] L. 1 § 3 D. 41, 2.

[3] *Savigny* op. cit., § 9.

[4] *Windscheid* § 149, пр. 2—5.

[5] *Kuntze* op. cit. стр. 11—15.

[6] L. 3 § 3 L. 12 pr. D. 41, 2. L. 3 § 15 L. 4 D. 10, 4. L. 2 § 1 D. 41, 5. L. 10 § 1 L. 49 pr. D. 41, 2. L. 9 D. 6, 1. Вообще о терминологіи источниковъ см. *Windscheid* § 148, пр. 12. *Dernburg* I, § 175. *Arndts*, § 136.

[7] L. 1 § 20 L 10. 47 D. 41, 2. L. 37 D. 13, 7. L. 3 § 8 D. 43, 17. § 5 J. 4, 15.

[8] L. 18 pr. D, 41, 2. Celsus 23 dig. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio, nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium. *Windscheid* § 149, пр. 1.

вещи есть detentio alieno nomine. По общему правилу, такая *детенція юридической защитой не пользуется*[9] и вообще не снабжена особыми юридическими послѣдствіями. По этому ее необходимо строго отличать отъ possessio въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Что различіе между possessio и detentio основано именно *на различіи настроенія обладающаго вещью лица*,—объ этомъ довольно опредѣленно свидѣтельствуютъ римскіе юристы. Отчетливѣе всего ихъ воззрѣнія выражены въ двухъ отрывкахъ юриста *Павла* L. 37 D. 13, 7. Paulus 5 ad Plautium. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi. „Если я отдамъ собственнику внаймы вещь, которую онъ мнѣ далъ въ залогъ, то посредствомъ договора найма я удерживаю юридическое владѣніе, такъ какъ наниматель до заключенія договора найма не имѣлъ владѣнія, а теперь *у меня есть воля удержать владѣніе, у нанимателя же нѣтъ воли пріобрѣсти владѣніе*". L. 1 § 20 D. 41, 2. Paulus 54 ed. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur... Alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, *quia non habet animum possidentis*, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. „Владѣніе пріобрѣтается нами черезъ прокуратора, опекуна или попечителя... Если бы мы рѣшили иначе, а именно, что владѣніе нами не пріобрѣтается черезъ тѣхъ лицъ, которыя получаютъ вещь на наше имя, то получилось бы, что ни тотъ не владѣлецъ, кому передана вещь, *такъ какъ у него нѣтъ воли владѣть*, ни тотъ, который ему передалъ вещь, такъ какъ онъ отказался отъ владѣнія"[10].

Изъ этихъ фрагментовъ видно, что римскіе юристы пользуются для обозначенія воли господствовать надъ вещью подобно собственнику, отличающей possessor'а отъ detentor'а, выраженіе *animus possidentis*; встрѣчаются также выраженія: animus possidendi или possessionis affectus; Ѳеофилъ[11] говоритъ о ψυχὴ δεσπόζοντος[12]. Въ современной литературѣ употребляется для обозначенія этого настроенія терминъ: *animus domini*[13].

II. Мы указали, что по общему правилу detentio alieno nomine, при которой отсутствуетъ animus domini, не пользуется юридической защитой. Однако; изъ этого общаго правила римляне допускали *исключенія*. Случаи detentio alieno nomine, снабженные юридической защитой, со времени Савиньи называются случаями *производнаго владѣнія*[14] Безспорно, такое про-

---

[9] Ср. впрочемъ *Girard* стр. 274, пр. 1 (a. injuriarum, interdictum de loco publico fruendo, int. quod vi aut clam).

[10] См. также Proc. L. 27 D. 41, 2. L. 1 § 25 D. 43, 16. Pompon. L. 25 § 2 D. 41, 2. Paulus L. 3 § 1. 3 D. 41, 2. Celsus L. 18 pr. § 3 L. 34 pr. D. 41, 2. Papinianus L. 44 § 2 L. 46 D. 41, 2. Africanus L. 41 D. 12, 1; Ulp. L. 9 § 9 D. 12, 1. L. 29 D. 41, 2. См къ этому *Kuntze* Zur Besitzlehre, стр. 19 сл. *Windscheid* (по 8-му изд. *Kipp'a* 1900 г.), § 148, пр. 4a, 4bc. *Ferrini*. Man. di Pand. стр. 303, пр. 2. *Costa* Storia del dir. rom., т. II (1903 г.)., стр. 96, пр. 24. *Karlowa* II, стр. 332, пр. 1.

[11] Theophilus ad § 2 J. 3, 29.

[12] Ср. quasi dominus въ L. 3 § 7 D. 43, 17.

[13] См. объ этомъ *Sokolowski*, Die Philosophie im Privatrecht, т. II, гл. 2, (1907 г.), гдѣ выяснено вліяніе философскихъ теорій на понятіе animus.

[14] Названіе, съ нашей точки зрѣнія, неправильное. См. *Windscheid* § 149, пр. 7; *Ferrini* § 240 сл.; ср. *Arndts* § 135, пр. 8.

изводное владѣніе вещью имѣетъ *залогоприниматель* [15], а также *прекаристъ*, т.-е. лицо, которому вещь дана въ пользованіе до востребованія (praecario) [16]. Съ большимъ вѣроятіемъ производное владѣніе можно приписать также *секвестру*, т.-е. лицу, получившему на храненіе вещь, о которой происходитъ споръ между двумя лицами съ тѣмъ, чтобы по окончаніи спора, вещь была выдана тому, въ чью пользу будетъ рѣшенъ споръ [17]. Всѣ эти лица, хотя и удерживаютъ вещь alieno nomine, тѣмъ не менѣе имѣютъ владѣльческіе интердикты.

Однако, въ источникахъ имѣются выраженія, которыя указываютъ, что римскіе юристы не вполнѣ приравнивали эти случаи къ possessio въ техническомъ смыслѣ. Напримѣръ, юристъ Macer (l. 1 de appell.) прямо говоритъ: „Creditor, qui pignus accipit, *possessor non est, tametsi possessionem habet* aut sibi traditam, aut precario debitori concessam“ (L. 15 § 2 D. 2, 8) [18]. Не всѣ юридическія послѣдствія possessio въ точномъ смыслѣ были распространены на этихъ производныхъ владѣльцевъ; такъ, они не отвѣчаютъ по a. noxalis за деликты рабовъ, находящихся у нихъ въ производномъ владѣніи, между тѣмъ какъ противъ юридическаго владѣльца a. noxales давались (L. 22 § 1 D. 9, 4); они не пользуются a. Publiciana и т. д. Излагая эти нормы, юристы прямо указываютъ на то, что производные владѣльцы существенно отличаются отъ настоящихъ possessores отсутствіемъ opinio domini [19].

Все сказанное даетъ основаніе думать, что, по воззрѣніямъ римскихъ юристовъ, possessio характеризуется наличностью animus domini, и что случаи производнаго владѣнія представлялись имъ *исключеніемъ изъ общаго правила*: не всѣ послѣдствія юридическаго владѣнія, но одна лишь владѣльческая защита по практическимъ соображеніямъ дана здѣсь лицамъ, которыя благодаря отсутствію у нихъ animus domini не подходятъ подъ понятіе юридическихъ владѣльцевъ. *Какія же практическія соображенія* лежали въ основѣ извѣстныхъ намъ случаевъ производнаго владѣнія? По отношенію къ *залогопринимателю* вопросъ рѣшается просто: онъ находился бы въ слишкомъ зависимомъ положеніи отъ залогодателя, если бы не имѣлъ владѣльческой защиты; быть можетъ, владѣльческая защита дана была ему еще въ ту эпоху, когда не возникли interd. Salvinum и a. Serviana, и когда единственнымъ обезпеченіемъ кредитора, получившаго pignus, служило именно удержаніе имъ въ своихъ рукахъ заложенной вещи до уплаты долга [20]. Легко объясняется и владѣніе *секвестра*: пока не рѣшенъ между сторонами спорный вопросъ о собственности на вещь, секвестръ долженъ занимать вполнѣ самостоятельное положеніе и не можетъ быть представителемъ той или другой стороны; онъ не можетъ detinere rem nomine одного изъ спорящихъ.

---

[15] L. 16 D. 41, 3. L. 1 § 15 D. 41, 2. L. 35 § 1 D. 13, 7.

[16] L. 4 § 1 D. 43, 26. L. 10 § 1 D. 41, 2.

[17] L. 17 § 1 D. 16, 3 cf. L. 39 D. 41, 2. *Dernburg* I, § 173, пр. 5. *Windscheid* § 154, пр. 6. Кромѣ того, *современная теорія* съ большимъ основаніемъ считаетъ производнымъ владѣльцемъ *находчика чужой вещи*. *Kuntze* op. cit. стр. 67 сл. *Ihering*, Besitzwille стр. 422—427. *Dernburg*, Pand. I, § 173. Ср. *Windscheid* § 149, пр. 7 i. f.

[18] См. *Kuntze* op. cit. стр. 58; 115.

[19] L. 22 § 1 D. 9, 4. L. 13 § 1 D. 6, 2. *Kuntze* стр. 56.

[20] См. объ этой стадіи въ развитіи римскаго залоговаго права *Хвостовъ*, Исторія римскаго права § 72. Ниже § 40, III. Кромѣ того, animus залогового кредитора по своему содержанію близокъ къ animus domini; см. *Kuntze*, l. c. стр. 60 слл.

Что касается *прекариста*, то самый институтъ представляется загадочнымъ и относительно происхожденія производнаго владѣнія прекариста можно высказывать лишь предположенія [21].

III. Въ заключеніе нужно отмѣтить одну особенность римскаго права. Въ случаяхъ производнаго владѣнія мы наблюдаемъ расширеніе владѣльческой защиты за предѣлы понятія юридическаго владѣнія въ строгомъ смыслѣ; но имѣется съ другой стороны и соотвѣтственное суженіе области юридическаго владѣнія. *Подвластный* по римскому *классическому* праву стоитъ въ полной имущественной зависимости отъ домовладыки и потому *всегда лишь detentor находящихся у него вещей;* владѣніе ими принадлежитъ домовладыкѣ. При этомъ безразлично, каковъ animus у подвластнаго; даже при желаніи владѣть вещью для себя, онъ дѣлаетъ владѣльцемъ не себя, а домовладыку [22].

§ 19. Продолженіе. Воззрѣніе Іеринга.

I. Таково господствующее ученіе объ отношеніи между possessio и detentio alieno nomine. Въ 1889 году это ученіе было подвергнуто страстной критикѣ и осужденію Іерингомъ въ его книгѣ „Der Besizwille". По мнѣнію Іеринга, различіе между possessio и detentio *не основано на различіи воли*, которую имѣютъ possessor и detentor. Два мѣста изъ сочиненій Павла, приведенныя выше (въ § 18, I), которыя наиболѣе ясно отмѣчаютъ это различіе воли, какъ отличительный признакъ юридическаго владѣнія отъ detentio alieno nomine, по мнѣнію Іеринга, содержатъ въ себѣ только личное мнѣніе Павла, неудачную попытку конструировать понятіе юридическаго владѣнія. Это мнѣніе не можетъ претендовать на научную цѣнность, ибо наличность animus domini, который положенъ въ основу юридическаго владѣнія, очень трудно и часто невозможно доказать; кромѣ того, при такой конструкціи юридическаго владѣнія случаи такъ называемаго производнаго владѣнія не укладываются въ установленное понятіе владѣнія. Далѣе, теорія Павла идетъ въ разрѣзъ съ требованіями современной жизни, такъ какъ согласно ей лишаются владѣльческой защиты наниматели и арендаторы, какъ не имѣющіе animus domini; между тѣмъ уже въ средніе вѣка была сознана необходимость не оставлять безъ защиты ихъ обладанія, и для этого были созданы особые иски, римскому праву неизвѣстные (a. spolii) [1]. Наконецъ, есть отдѣльныя рѣшенія самихъ римскихъ юристовъ, которыя показываютъ, что и въ римскомъ правѣ не требовался animus domini для признанія наличности юридическаго владѣнія (напр., L. 21 L. 44 § 4 D. 41, 3).

Все это приводитъ Іеринга къ слѣдующей конструкціи юридическаго владѣнія. Защищаемое владѣльческими исками владѣніе налицо *во всѣхъ случаяхъ сознательнаго обладанія вещами*. Не владѣютъ только лица, лишенныя сознанія своего обладанія (напримѣръ, спящій, которому въ руку положена вещь), или не имѣющія желанія обладать вещью. Изъ этихъ случаевъ

---

[21] *Kuntze* op. cit. стр. 62 слл. *Ihering*. Besitzwille стр. 389 слл. *Dernburg* I, § 173, пр. 1. *Ferrini* § 245. *Costa*, op. cit. стр. 84 слл. *Karlowa* II. стр. 331 слл.

[22] L. 1 § 5 L. 3 § 12 L. 4 L. 24 L. 30 § 3 L. 49 § 1 D. 41, 2. *Kuntze* § 8, IV *Mandry*, Familiengüterrecht I, стр. 74—80. Ср. ниже § 21, I.

[1] См. о ней *Dernburg* I, § 189.

юридическаго владѣнія выдѣлены лишь нѣкоторыя категоріи, въ которыхъ владѣніе не защищается спеціальными средствами въ силу особыхъ практическихъ соображеній. Въ этихъ случаяхъ признается только detentio. У римлянъ, напримѣръ, защитой владѣнія не пользовались наниматели и арендаторы не въ виду особенностей ихъ animus'а при держаніи вещей, а съ цѣлью поставить этихъ лицъ, которыя происходили изъ неимущихъ классовъ, въ бо́льшую зависимость отъ земельныхъ собственниковъ. Вообще, по мнѣнію Іеринга, *detentio, т.-е. держаніе вещи, лишенное владѣльческой защиты, слѣдуетъ принимать лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ она прямо узаконена особыми нормами права.*

II. Книга Іеринга вызвала оживленную полемику [2]. Критика обнаружила, что по отношенію къ римскому праву Іерингъ не правъ. Не только Павелъ, но и другіе юристы (см. источники выше въ § 18, пр. 10) усматривали характерную черту юридическаго владѣнія въ особомъ настроеніи владѣльца, въ его желаніи присвоить себѣ вещь вполнѣ, не признавая надъ ней другой власти. Это настроеніе современная доктрина и передаетъ терминомъ animus domini. Изъ источниковъ ясно, что для римскихъ юристовъ не случаи detentio являются исключеніями изъ общаго принципа, допущенными по практическимъ соображеніямъ; наоборотъ, римскіе юристы ясно даютъ понять, что по ихъ мнѣнію изъ числа случаевъ detentio, которые согласно общему принципу лишены владѣльческой защиты, въ видѣ исключенія, по практическимъ соображеніямъ, выдѣлены случаи производнаго владѣнія, въ которыхъ владѣльческая защита дается *detentor'у*. Мѣста источниковъ, гдѣ Іерингъ отмѣтилъ юридическое владѣніе безъ наличности animus domini у владѣльца, допускаютъ иное объясненіе [3].

Такимъ образомъ, теорія Іеринга въ общемъ источниками римскаго права не подтверждается. Однако, его книга все же имѣетъ большое значеніе. Іерингъ обратилъ вниманіе на вопросъ о способѣ доказыванія юридическаго владѣнія, на практическое основаніе защиты такъ называемаго производнаго владѣнія и т. д. Наконецъ, если даже конструкція владѣнія, данная Іерингомъ, не соотвѣтствуетъ конструкціи римскихъ юристовъ, то она оказалась пригодной для современнаго права. Нѣкоторые новѣйшіе кодексы показываютъ, что воззрѣнія римскихъ юристовъ на владѣніе, сложившіяся подъ вліяніемъ историческихъ условій [4], не вполнѣ соотвѣтствуютъ современ-

---

[2] См., между прочимъ, въ защиту Іеринга *Baron* въ Jahrb. f. Dogmatik т. 29 и 30; ср. также *Girard* стр. 268; 265, пр. 3. *Dernburg* I, § 172; противъ Іеринга *Kuntze* op. cit. *Windscheid—Kipp* § 148, пр. 4а (здѣсь указана вся литература). *Ferrini* Man. di Pand. § 243 сл. *Kniep* der Besitz des BGB (1900 г.), стр. 85 сл. Въ самое послѣднее время противъ теоріи Іеринга высказался *Hollander:* Ueber den Animus im Recht des Besitzes der Römer (1903 г.; оттискъ изъ Festgabe der Univ. Halle-Wittenberg für H. Fitting). По мнѣнію этого автора, суть дѣла заключается въ томъ, что господствующая теорія неправильно представляетъ себѣ, въ чемъ состоитъ animus. Animus не есть внутренняя воля, для которой corpus служитъ внѣшнимъ выраженіемъ. Animus есть внѣшнимъ образомъ изъявленная воля владѣть, которая прибавляется къ corpus. Законодательное оправданіе animus'а состоитъ въ томъ, что право владѣнія, какъ и всякое гражданское право, въ виду диспозитивнаго характера jus privatum, въ каждомъ данномъ случаѣ не можетъ возникнуть иначе, какъ на основаніи ясно выраженнаго желанія частныхъ лицъ создать такое право Сверхъ того, только animus можетъ служить для разграниченія possessio и detentio. Ср. также *Sokolowski* названное сочиненіе II (1907), гл. 2.

[3] См. *Kuntze*, § 4. *Windscheid-Kipp* § 148, пр. 4а, 4d. *Ferrini* стр. 294, пр. 1; 304 пр. 1.

[4] Ср. объ этомъ соображенія *Kuntze* стр. 52 сл.

нымъ условіямъ. Институтъ владѣнія получаетъ въ нихъ иную нормировку, болѣе близкую къ воззрѣніямъ Іеринга[5].

§ 20. Possessio justa и injusta. Bonae fidei possessio.

I. *Possessio justa и injusta*. Это дѣленіе имѣетъ двоякое значеніе. Во-первыхъ, подъ possessio justa разумѣютъ владѣніе, которое имѣетъ за собою юридическое основаніе; въ этомъ смыслѣ не только собственникъ, но и залогопринимателъ или прекаристъ имѣютъ possessio justa[1]. Possessio injusta есть владѣніе, лишенное юридическаго основанія (воръ, грабитель). Во-вторыхъ, подъ possessio injusta въ спорѣ о владѣніи разумѣется то владѣніе, которое данное лицо пріобрѣло порочнымъ способомъ отъ своего противника, т.-е. которое пріобрѣтено vi, clam или precario ab adversario[2]. Пріобрѣсти vi значитъ получить владѣніе посредствомъ насилія; пріобрѣсти clam—получить владѣніе посредствомъ тайнаго похищенія. Владѣніе, пріобрѣтенное precario, т.-е. до востребованія, дѣлается possessio injusta, когда прекаристъ по первому требованію хозяина не отдаетъ вещи обратно. Владѣніе, не имѣющее этихъ пороковъ, есть possessio justa.

II. *Possessio bonae fidei и malae fidei*. Различіе добросовѣстнаго владѣнія отъ недобросовѣстнаго[3] сводится къ тому, что добросовѣстный владѣлецъ полагаетъ съ достаточнымъ основаніемъ, хотя, можетъ быть, и въ силу извинительнаго заблужденія, что въ присвоеніи имъ владѣнія не заключается матеріальной неправды (напримѣръ, что онъ собственникъ). Possessor malae

---

[5] На этой точкѣ зрѣнія стоитъ *Гражд. улож. для герм. имперіи*. См. слѣдующія его статьи: § 854. Владѣніе вещью пріобрѣтается достиженіемъ дѣйствительнаго *господства надъ вещью*...

§ 868. Если кто либо владѣетъ вещью въ качествѣ пользовладѣльца (Niessbraucher), закладодержателя, арендатора, нанимателя, хранителя или на основаніи подобнаго тому отношенія, въ силу котораго онъ на время въ правѣ или обязанъ по отношенію къ другому лицу владѣть извѣстною вещью, то это другое лицо также признается владѣльцемъ (*посредственное владѣніе, mittelbarer* Besitz).

§ 871. Если посредственный владѣлецъ состоитъ съ третьимъ лицомъ въ одномъ изъ указанныхъ въ ст. 868 отношеній, то это третье лицо также признается посредственнымъ владѣльцемъ.

§ 869. Если противъ владѣльца было учинено запрещенное самоуправство, то притязанія, указанныя въ стт. 861 и 862, принадлежатъ *также посредственному владѣльцу* Въ случаѣ захвата владѣнія другимъ лицомъ, посредственный владѣлецъ можетъ требовать возстановленія владѣнія прежняго [т.-е. непосредственнаго] владѣльца; если же послѣдній *не можетъ или не хочетъ* вновь вступить во владѣніе, то посредственный владѣлецъ можетъ потребовать, чтобы владѣніе было предоставлено ему самому...

§ 855. Если кто-либо осуществляетъ господство надъ вещью *въ интересахъ другого лица*, въ его домѣ, или въ его предпріятіи, или при подобныхъ тому условіяхъ, при которыхъ онъ долженъ *подчиняться указаніямъ* другого лица относительно вещи, то владѣльцемъ признается *только то другое лицо* [эти же лица по ст. 860 могутъ только *силою* противиться нарушенію владѣнія ихъ хозяина; владѣльческихъ исковъ они не имѣютъ].

§ 872. Кто владѣетъ вещью въ видѣ собственности, тотъ признается владѣющимъ на себя (*Eigenbesitzer*). О значеніи этого понятія см. *Kniep* op. cit стр. 16 сл.

См. также Швейцарское Гражданское Уложеніе 1907 года § 919 сл. Оно различаетъ „самостоятельное" и „несамостоятельное" владѣніе. Русскій проектъ вотчиннаго права (кн. III Уложенія) вводитъ animus domini: см. ст. 136 и объясненія къ ней. (ст. 878 Проекта въ редакціи 1903 года).

[1] L. 13 § 1 D. 6, 2.

[2] L. 1 § 9 L. 2 D. 43, 47. L. 19 pr. D. 43, 26.

[3] L. 3 § 22 D. 41, 2. L. 48 D. 41, 1. L. 22 C. 3, 32 § 55 J. 2, 1.

fidei, напротивъ, знаетъ или долженъ былъ бы знать, что его владѣніе является неправомѣрнымъ (выше § 11, A, 2). Различіе это весьма важно, т. к. posssessio bonae fidei во многихъ отношеніяхъ подлежитъ инымъ юридическимъ нормамъ, нежели possessio m. fidei.

1) B. f. possessio защищается особымъ искомъ—a. Publiciana (см. § 26).

2) b. f. possessio даетъ возможность узукапировать вещь (possessio ad usucapionem въ отличіе отъ обыкновенной possessio ad interdicta, выше § 11);

3) b. f. possessor пріобрѣтаетъ плоды вещи въ собственность съ момента separatio (выше § 10, III, e.).

Глава III. Пріобрѣтеніе и потеря юридическаго владѣнія (possessio ad interdicta).

§ 21. Пріобрѣтеніе владѣнія.

I. *Субъектъ владѣнія*[1]. Субъектами юридическаго владѣнія могутъ быть только *лица, способныя пріобрѣтать для себя имущественныя права*. Поэтому не могутъ быть владѣльцами рабы и по классическому праву свободные подвластные[2]. Въ Юстиніановомъ правѣ подвластные получили способность обладать собственнымъ имуществомъ, а потому они могутъ быть и владѣльцами[3].

II. *Объектъ владѣнія*. Предметомъ владѣнія, въ силу того же характера владѣнія, какъ особаго права, могутъ быть только *вещи, способныя стоять въ частной собственности* (ср. Общ. ч., § 32)[4]. Не могутъ быть предметомъ владѣнія, напримѣръ, res omnium communes[5]. Далѣе, предметомъ владѣнія могутъ быть только *тѣлесныя вещи*[6]; владѣнію подлежатъ не universitas rerum distantium, а отдѣльныя вещи, которыя входятъ въ ея составъ (напримѣръ, овцы въ стадѣ)[7]. *Составныя части* вещи (Общ. ч., § 30), напримѣръ кирпичи, изъ коихъ выстроенъ домъ, колонны, балки, окна, не являются самостоятельными вещами и не составляютъ объекта самостоятельнаго владѣнія; владѣлецъ главной вещи владѣетъ и ея составными частями; со включеніемъ вещи въ другую въ качествѣ составной части, самостоятельное владѣніе этой вещью прекращается до выдѣленія вещи изъ состава цѣлаго[8].

---

[1] О *совладѣніи* — compossessio — см. L. 3 § 2 L. 26 D. 41, 2. L. 32 § 2 D. 41, 3. cf. L. 3 § 5 D. 41, 2. *Windscheid* § 152, 3. *Dernburg* I, § 169, пр. 10—11. *Баронъ* § 115, I. *Ferrini* § 249.

[2] L. 24. 30 § 3 L. 49 § 1 D. 41, 2. L. 93 D. 50, 17.

[3] § 1 J. 2, 9. Семейное право § 15, I.

[4] L. 30 § 1 D. 41, 2.

[5] Исключеніе: L. 14 D. 47, 10. *Dernburg* I, § 176, пр. 4.

[6] L. 3 pr. D. 41, 2. L. 4 § 26 (27) D. 41, 3.

[7] L. 30 § 2 D. 41, 3. См. Общ. ч. § 30, пр. 2.

[8] См. аргументацію въ L. 23 pr D. 41, 3. Javolenus 9 epist. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas [aedes] non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res di-

Особыя нормы существуютъ для *узукапіи* въ томъ случаѣ, если она касается вещи, включенной въ составъ другой и утратившей по этому самостоятельное существованіе (напримѣръ, матеріалы застроенные въ зданіе). Въ этомъ отношеніи различаются два случая. Если узукапіентъ пріобрѣлъ владѣніе сразу всею составною вещью (напримѣръ домомъ), то онъ всю ее сразу и узукапируетъ; срокъ узукапіи одинъ для вещи въ цѣломъ, и продолжительность его опредѣляется родомъ всей составной вещи (домъ, какъ недвижимость, узукапируется въ срокъ, установленный для недвижимостей) [9]. Если же узукапіентъ владѣлъ сначала нѣсколькими отдѣльными предметами и затѣмъ соединилъ ихъ въ одно цѣлое, то срокъ давности продолжаетъ исчисляться для каждаго предмета отдѣльно, сообразно его свойствамъ (напримѣръ, если я владѣлъ ad usucapionem колонной и затѣмъ застроилъ ее въ зданіе, то узукапія завершается и послѣ этого для колонны, какъ для движимой вещи) [10].

III. *Animus domini*. Всякое пріобрѣтеніе владѣнія по необходимости пріобрѣтеніе *оригинарное*, но не производное (ср. Общ. часть, § 35). L. 1 § 2 D. 41, 2. Paulus 54 ed. Apiscimur autem possessionem per nosmet ipsos [11]. Даже при передачѣ владѣнія отъ одного лица къ другому (traditio), когда право собственности пріобрѣтается деривативно, владѣніе вещью все же пріобрѣтается оригинарно. Владѣніе лица, получившаго вещь по traditio, всегда независимо отъ владѣнія самого традента; традентъ могъ быть простымъ detentor'омъ, но пріобрѣтатель можетъ стать possessor'омъ; владѣніе традента можетъ быть possessio injusta, а владѣніе пріобрѣтателя—possessio justa и т. д. [12].

1. Поэтому, при всякомъ пріобрѣтеніи владѣнія въ лицѣ пріобрѣтателя требуются одни и тѣ же элементы: animus domini, т.-е. воля господствовать надъ вещью, какъ надъ собственной, и corpus possessionis, т.-е. фактическое господство надъ вещью. Наличность обоихъ элементовъ необходима для каждаго акта пріобрѣтенія владѣнія. L. 3 § 1 D. 41, 2. Paulus. Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore [13].

Что касается въ частности *animus domini*, то-есть стремленія господствовать надъ вещью, какъ надъ собственною, то онъ можетъ *предшествовать* самому полученію фактическаго господства надъ вещью (corpus possessionis). Примѣрами могутъ служить: разставленіе капкановъ и силковъ для ловли дичи, раскидываніе сѣтей для ловли рыбы, заказъ вещей, которыя

---

versis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet. См. также L 7 § 1 D. 10, 4. Къ послѣдующему ср. *Windscheid* § 175a, пр. 2, § 152, пр. 6.

[9] L 23 pr. D. 41, 3 (въ прим. 8).

[10] L. 30 § 1 D. 41, 3. Pomponius 30 Sab. Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum uel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.—Такое различіе въ судьбѣ владѣнія ad interdicta и владѣнія ad usucapionem имѣетъ мѣсто и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, напр. L. 16 D. 41, 3.

[11] См *Dernburg* I, § 177.

[12] Поэтому въ L. 2 § 3 D. 43, 1 дается interdictum *apiscendae* possessionis.

[13] L. 8 D. 41, 2 L. 153 D. 50, 17. Paul. 5, 2, 1.

затѣмъ въ наше отсутствіе приносятся къ намъ въ домъ или складываются на нашей землѣ. Въ этихъ случаяхъ не требуется для установленія владѣнія еще особаго захвата вещей, такъ какъ воля господствовать выражена уже заранѣе, а фактическое господство устанавливается безъ нашего участія, благодаря заранѣе сдѣланнымъ приспособленіямъ [14].

2. Animus domini необходимое условіе пріобрѣтенія владѣнія. Но это не значитъ, что владѣлецъ, желая воспользоваться владѣльческой защитой, *долженъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказывать свой* animus domini. Можно владѣть вещью, какъ своей собственной, очень долго и не предпринимать такихъ дѣйствій, изъ которыхъ съ очевидностью обнаружилось бы, что лицо, обладающее вещью, относится къ ней какъ possessor, а не какъ detentor alieno nomine. Если кто-либо обрабатываетъ поле, живетъ въ домѣ, ѣздитъ на лошадяхъ, то это происходитъ, можетъ быть, потому, что онъ собственникъ, а можетъ быть и потому, что ему поручено обработать поле для собственника, жить въ домѣ въ качествѣ сторожа, выѣзжать лошадей [15].

Въ виду этого средневѣковые практики составили сложный реестръ такъ-называемыхъ actus possessorii для облегченія доказательства animus domini и прибѣгали въ случаѣ отсутствія таковыхъ даже къ присягѣ [16].

Въ настоящее время господствуетъ иное воззрѣніе. Для доказательства наличности animus domini не справляются съ настроеніемъ каждаго даннаго конкретнаго владѣльца, а обращаютъ вниманіе *на то основаніе, изъ котораго возникло его владѣніе, т.-е на causa possessionis* [17]. Есть основанія, съ которыми по самой ихъ природѣ связанъ animus domini по отношенію къ вещи (напримѣръ, купля вещи, отнятіе ея силой, похищеніе), и есть основанія, съ которыми этотъ animus не связывается (наемъ вещи, принятіе ея въ поклажу или ссуду). При наличности causa перваго рода у владѣльца вещи предполагается animus domini, и наоборотъ; конкретное настроеніе его воли не изслѣдуется.

Но и этого мало. Нельзя требовать отъ лица, которое нуждается въ владѣльческой защитѣ, чтобы оно каждый разъ доказывало, на основаніи какой causa оно владѣетъ. Распредѣляя тяжесть доказыванія, право исходитъ изъ того положенія, что слѣдуетъ доказывать то, что отступаетъ отъ нормы, какая наблюдается въ жизни. Между тѣмъ въ жизни, при наличности фактическаго господства, нормальнымъ явленіемъ представляется также наличность animus domini у лица, обладающаго вещью; желаніе удерживать вещь на чужое имя, быть detentor'омъ alieno nomine, составляетъ явленіе исключительное. Поэтому, *если въ спорѣ о владѣніи извѣстное лицо доказало наличность фактическаго господства надъ вещью, то у него предполагается и animus domini; его противникъ въ свою очередь долженъ доказать, что фактическое господство этого лица основано на такой causa, съ которой право связываетъ не animus domini, а animus detinendi alieno nomine* (напримѣръ, на наймѣ вещи). Слѣдовательно, лицо, притязающее на владѣніе, должно доказать наличность corpus possessionis; вопросъ

---

[14] L. 55 D. 41, 1 *Ihering* въ Handwörterbuch, стр. 419.

[15] Ср. *Ihering* Scherz und Ernst стр. 63 сл.

[16] *Baron* въ Jahrb. f. Dogm. т. 29; стр. 212 сл.

[17] Въ этомъ, по *Ієринговской* терминологіи, состоитъ различіе между concrete Willenstheorie и abstracte Willenstheorie. См. Besitzwille, гл. II. Современные юристы, конечно, всѣ держатся послѣдней теоріи, замѣчаетъ *Baron* l. c. срр. 234, пр. 1. Ср. также *Dernburg* I, § 179.

о наличности animus domini возникаетъ только въ томъ случаѣ, если противникъ утверждаетъ, что corpus possessionis въ данномъ случаѣ есть признакъ не possessio, а detentio alieno nomine. Такъ ставился вопросъ о доказательствѣ владѣнія и у Римлянъ. Paulus. S. R. 5, 11 § 2. Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure, quam in facto consistit, ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam [18].

Въ современной литературѣ первый обратилъ должное вниманіе на этотъ вопросъ Іерингъ, и въ этомъ заслуга упомянутой уже книги его „Der Besitzwille" [19].

3. Кто занялъ положеніе possessor'а или detentor'а, смотря по своему animus, который опредѣляется по causa possessionis, тотъ уже сохраняетъ это положеніе. Это выражается въ правилѣ: *nemo sibi causam possessionis mutare potest* [20]. Одна только перемѣна настроенія обладателя вещи не можетъ превратить его изъ detentor'а въ possessor'а. Арендаторъ не лишаетъ юридическаго владѣнія хозяина земли только въ силу того, что онъ вознамѣрится впредь владѣть землею, какъ своею собственной, даже если онъ продастъ арендуемую имъ землю и затѣмъ пожелаетъ удержать ее на имя новаго покупателя; и послѣ этого хозяинъ, сдавшій землю въ аренду, продолжаетъ считаться владѣльцемъ, а арендаторъ остается detentor'омъ на имя настоящаго собственника [21]. Для того, чтобы измѣнилась causa possessionis, нужно, чтобы обладатель вещи выразилъ измѣненіе своего animus *фактическими дѣйствіями, направленными противъ самого владѣльца вещи* [22], или чтобы онъ началъ удерживать вещь на основаніи новой сдѣлки съ прежнимъ владѣльцемъ вещи [23].

4. Только *дѣеспособныя* лица могутъ имѣть animus domini. Однако, нѣкоторыя недѣеспособныя лица—дѣти и сумасшедшіе, а также, по римской теоріи, юридическія лица—могутъ пріобрѣтать владѣніе через посредство своихъ представителей, напримѣръ, опекуна [24].

§ 22. Пріобрѣтеніе владѣнія (продолженіе).

IV. *Corpus possessionis.* Одного только animus domini недостаточно, чтобы сдѣлаться владѣльцемъ. Необходимо присоединеніе къ нему corpus possessionis, т.-е. установленіе такого фактическаго отношенія лица къ вещи, которое соотвѣтствуетъ стремленію лица господствовать надъ вещью, какъ надъ собственной. Охотникъ, разставившій сѣти, не владѣетъ дичью, пока она не попадетъ въ его сѣти. Установленіе corpus possessionis часто состоитъ въ томъ, что движимая вещь захватывается въ руки, или что лицо входитъ

---

[18] Ср. L. 11 § 1—L 13 pr. D. 5, 3. Code civil, art. 2230.

[19] См. также *Kuntze* op. cit. § 12, V—VIII. Иначе *Hollander*, op. cit. стр. 35 сл.

[20] L. 3 § 19 L. 19 § 1 D. 41, 2. L. 5 C. 7, 32. *Dernburg* I, § 179, пр. 2.

[21] См. L. 32 § 1 D. 41, 2. Ср. L. 5 C. 7, 32. *Dernburg* I, § 179, пр. 3.

[22] L. 12. 18 D. 43, 16.

[23] L. 19 § 1 D. 41, 2.

[24] L. 1 § 3. 20. 22 L. 2 D. 41, 2. L. 13 § 1 D. 41, 1. О юридич. лицахъ см. Общ. ч., § 27. 1.—Infans можетъ пріобрѣтать владѣніе самъ tutore auctore (L. 32 § 2 D. 41, 2), а при дареніи даже безъ auctoritas tutoris (L. 3 C. 7, 32). См. объ этомъ *Windscheid* § 155, пр. 13. *Dernburg*. I, § 178, пр. 8. *Баронъ* § 114. *Girard*, стр. 270.

на участокъ [1]. Однако такіе наглядные, образные поступки требуются далеко не всегда при установленіи фактическаго господства надъ вещью [2]. Это фактическое господство на лицо во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, *когда владѣлецъ по обыкновенному, нормальному ходу вещей можетъ разсчитывать на то, что вещь находится и будетъ находиться фактически въ его распоряженіи* [3].

Когда именно на лицо такое отношеніе субъекта къ вещи, это рѣшаютъ воззрѣнія, господствующія въ оборотѣ [4]. Большое значеніе имѣетъ при этомъ хозяйственное назначеніе вещи. Фактическое господство надъ *движимой* вещью на лицо, если она въ нашей custodia [5]; напр., если вещь находится въ принадлежащемъ намъ закрытомъ помѣщеніи (квартира, лавка, дворъ) [6]; иногда достаточно, чтобы вещи были сложены хотя-бы на открытомъ мѣстѣ (навозъ въ полѣ, матеріалъ для постройки на мѣстѣ стройки). Нерѣдко владѣніе устанавливаетъ наложеніе клейма на вещь, если въ то же время доступъ къ вещи свободенъ для лица, наложившаго клеймо [7].

Вообще при *передачѣ* владѣнія обыкновенно требуется менѣе интенсивное проявленіе фактическаго господства для пріобрѣтенія владѣнія, нежели при *одностороннемъ захватѣ* владѣнія. Такъ, охотникъ, преслѣдующій звѣря, долженъ захватить его, чтобы стать владѣльцемъ [8]. Тотъ, кто желаетъ путемъ односторонняго захвата стать владѣльцемъ земельнаго участка, находящагося во владѣніи другого лица, долженъ не только завладѣть фактически участкомъ, но и вытѣснить оттуда прежняго владѣльца;

---

[1] На это указываетъ самое слово possessio; см. о немъ *Bruns-Eck* въ Holtzendorfs Encykl. 1, стр. 471 (по 5 изд.). Ср. L. 1 pr. D. 41, 2. Paulus 54 ed. Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter teneter ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

[2] L. 1 § 21 D. 41, 2. Paulus 54 ed. Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint. et vina tradita videri cum claves cellae vinariae emptori tradita fuerint. L. 51 D. eod.

[3] L. 22 D. 41, 2. Javolenus 13 Cass. Non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit. L. 55 D. 41, 1. Proculus 2 epist... summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. *Dernburg* I, § 178, пр. 4. Ср. *Ihering* въ Handwörterbuch стр. 419. Осн. защ. влад. стр. 129 слл. *Windscheid* § 153, пр. 8.

[4] См. казуистику у *Windscheid* § 153, пр. 7.

[5] L. 3 § 13 D. 41, 2. Paulus 54 ed. Nerva filius res mobiles excepto homine (ср. L. 13 pr. D. eod.), quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio § 14. Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas cojecerimus, a nobis possideri, sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. Ср. *Юшкевичъ* Храненіе (custodia) какъ основаніе владѣнія движимостью (1907).

[6] Отсюда передача ключей, какъ способъ передачи владѣнія относительно товаровъ, находящихся въ складѣ. L. 1 § 21 D. 41, 2 (въ прим. 2) cf. L. 74 D. 18, 1. *Dernburg* I, § 178, пр. 8.

[7] L. 15 § 1 D. 18, 6 cf. L. 1 § 2 D. eod. и къ этому *Dernburg* I, § 178, пр. 7.

[8] L. 5 § 1 D. 41, 1. См. выше § 9, I.—О зарытыхъ вещахъ см. L. 3 § 3 D. 41, 2.

оккупантъ признается владѣльцемъ не прежде, чѣмъ бывшій владѣлецъ узнаетъ объ оккупаціи и послѣ этого или не захочетъ вступить въ борьбу съ оккупантомъ, или же, несмотря на это, будетъ силою вытѣсненъ [9].

Напротивъ, *передача* земельнаго участка считается совершенной и пріобрѣтатель становится юридическимъ владѣльцемъ уже въ силу соглашенія, если оно происходитъ, такъ сказать, въ виду участка (когда послѣдній, напр., виденъ съ башни), или даже если пріобрѣтатель въ силу соглашенія односторонне завладѣетъ домомъ или участкомъ, напр., поселится тамъ [10].

Не требуется совершенно акта пріобрѣтенія владѣнія въ случаѣ т. наз. *traditio brevi manu*. Она состоитъ въ томъ, что владѣлецъ переноситъ свое владѣніе (обыкновенно вмѣстѣ съ нимъ и право собственности) на то лицо, которое до того было detentor'омъ вещи (напримѣръ, арендаторомъ). При этомъ для перехода владѣнія на detentor'а достаточно простого соглашенія его съ владѣльцемъ, въ силу котораго соотвѣтственно измѣняется animus у detentor'a; corpus у него уже былъ налицо [11].

V. *Пріобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя*. Издавна въ Римѣ можно было пріобрѣтать владѣніе черезъ *подвластныхъ* [12]. Если подвластные имѣли пекулій и пріобрѣтали владѣніе для пекулія, то домовладыка дѣлался владѣльцемъ, даже не зная о пріобрѣтеніи владѣнія [13]. Пріобрѣтеніе владѣнія черезъ *свободныхъ представителей* было допущено лишь въ классическую эпоху [14]. Для такого пріобрѣтенія требовались слѣдующія условія:

1) Представитель долженъ имѣть *полномочіе* отъ представляемаго; это полномочіе можетъ быть не только спеціальнымъ, но, по мнѣнію большинства романистовъ, и общимъ: давая представителю полномочіе на управленіе извѣстной отраслью дѣлъ, представляемый тѣмъ самымъ уполномочиваетъ его пріобрѣтать для него владѣніе вещами при управленіи дѣлами [15]. При наличности полномочія представляемый пріобрѣтаетъ владѣніе въ тотъ моментъ, какъ представитель пріобрѣлъ для него вещь въ свое фактическое господство; знанія представляемаго о такомъ захватѣ римское право не требуетъ: „possessio per procuratorem ignoranti quaeritur" [16]. Если *полномочія не было дано*, то оно уже послѣ пріобрѣтенія вещи представителемъ въ свою власть можетъ быть замѣнено актомъ одобренія (ratihabitio) со стороны представляемаго лица [17].

2) Представитель долженъ получить вещь въ свою *фактическую власть* [18].

3) Представитель долженъ имѣть *намѣреніе сдѣлать владѣльцемъ представляемаго* [19]. Только въ этомъ случаѣ представляемый непосредственно становится владѣльцемъ и, если передача владѣнія совершена для переноса

---

9 L. 3 § 7. 8 L. 6 § 1 L. 7 L. 25 § 2 L. 46. 47 D. 41, 2. *Windscheid* § 156, пр. 8.
10 См. *Dernburg* I, § 178 i. f. Ср. *Windscheid* § 153, пр. 5.
11 L. 9 § 5 D. 41, 1. L. 62 pr. D. 21, 2. L. 9 § 9 D. 12, 1. L. 9 § 2 D. 6, 2.
12 Gai 2. 89, 90. Выше § 21, 1.
13 L. 1 § 5 L. 3 § 12 L. 44 § 1 D. 41, 2.
14 L. 53 D. 41, 1. *Dernburg* I, § 180, 2.
15 *Dernburg* I, § 180, пр. 15. *Windscheid* § 155, 1, b.
16 § 5 J. 2, 9 L. 13 pr. D. 41, 1. L. 42 § 1 L. 49 § 2 D. 41, 2. L. 47 D. 41, 3. L. 1. C. 7, 32. *Windscheid* § 155, пр. 9.
17 Paul. 5, 2, 2. L. 42 § 1 D. 41, 2. L. 23 (24) D. 3, 5.
18 Paul. 5, 2, 1... corpore vel nostro vel alieno. L. 3 § 12 D. 41, 2.
19 L. 1 § 20 D. 41, 2. Отсюда L. 1 § 9. 10 D. eod.

собственности, собственникомъ вещи. Если же представитель пріобрѣлъ владѣніе на свое имя, то онъ самъ становится владѣльцемъ и собственникомъ переданной ему вещи, и затѣмъ уже долженъ перенести особымъ актомъ владѣніе и собственность на представляемаго. Желаніе пріобрѣсти владѣніе на имя представляемаго обыкновенно предполагается у представителя въ томъ случаѣ, если онъ заключилъ на его имя ту сдѣлку, которая лежитъ въ основѣ передачи владѣнія (напримѣръ куплю-продажу)[20]. Если же представитель заключилъ эту сдѣлку на свое имя (т.-е. дѣйствовалъ, какъ скрытый представитель; Общ. ч., § 46), то предполагается, что онъ и владѣніе и собственность вещи пріобрѣтаетъ для себя съ тѣмъ, чтобы впослѣдствіи перенести ихъ на принципала[21].

Особый видъ пріобрѣтенія владѣнія черезъ представителя мы имѣемъ въ томъ случаѣ, который у средневѣковыхъ юристовъ получилъ названіе *constitutum possessorium*. Случай состоитъ въ томъ, что юридическій владѣлецъ вещи заключаетъ съ другимъ лицомъ договоръ, согласно которому отнынѣ юридическій владѣлецъ будетъ удерживать данную вещь у себя какъ detentor alieno nomine, а владѣльцемъ ея будетъ считаться другой контрагентъ. Владѣніе переходитъ здѣсь безъ передачи самой вещи[22]. Обыкновенно вещь удерживается прежнимъ владѣльцемъ на основаніи какого-либо обязательства или иной сдѣлки, которую онъ при передачѣ владѣнія заключаетъ съ новымъ владѣльцемъ (напримѣръ, я дарю вещь, но соглашаюсь съ одареннымъ, чтобы онъ оставилъ ее мнѣ на правѣ узуфрукта до моей смерти; владѣніе и собственность немедленно переходятъ къ одаренному, а даритель превращается въ узуфруктуара, т.-е. въ детентора)[23].

§ 23. Утрата юридическаго владѣнія.

I. Владѣніе утрачивается съ утратой *одного изъ двухъ необходимыхъ элементовъ*: corpus possessionis или animus domini. Въ частности необходимо отмѣтить слѣдующіе случаи:

1) Утрата *фактической власти надъ вещью*. Для этого требуется, впрочемъ, не временное нарушеніе состоянія господства, но длительная, прочная утрата этого господства. Такъ, владѣніе сбѣжавшимъ домашнимъ животнымъ прекращается лишь тогда, когда это животное одичаетъ, т.-е. потеряетъ стремленіе возвращаться домой[1]. Владѣніе недвижимостью утрачивается (какъ уже было указано въ § 22, IV) не съ того момента, когда кто-либо захватилъ эту недвижимость, а лишь съ того момента, когда владѣлецъ узналъ объ этой оккупаціи и не смогъ или не пожелалъ вытѣснить оккупанта.

---

[20] L. 20 § 2 D. 41, 1. Reservatio mentalis (Общ. ч.; § 39, IV, 2) со стороны прокуратора не имѣетъ значенія; см. L. 13 D. 39, 5; ср. впрочемъ L. 37 § 6 D. 41, 1 и къ этому *Dernburg* I, § 180, пр. 14. *Windscheid* § 155, пр. 7 и 7а.

[21] L. 59 pr. D. 41, 1. L. 74 D. 17, 2. L. 2 C. 7, 10. Ко всему изложенному ср. *Dernburg* I, § 180, 3. На чье имя удерживаетъ вещь перевозчикъ (почта)? *Windscheid* § 155, пр. 6а.

[22] L. 77 D. 6, 1. L. 18 pr. D. 41, 2 (см. § 18, пр. 8 выше).

[23] L. 28. 35 § 5 C. 8, 53 (54). Подробнѣе о const. poss. см. у *Dernburg* I, § 181. *Windscheid* § 155, пр. 8—8с.

[1] L. 3 § 13 D. 41, 2 (см. § 22, пр. 6). L. 44 D. eod. L. 5 pr. D. 41, 1. L. 13 pr. L. 25 pr. D. 41, 2. *Windscheid* § 156, пр. 3—7.

2) *Желанiе владѣльца отчудить владѣнiе*[2]. Это желанiе должно быть выражено дѣеспособнымъ лицомъ[3]; за недѣеспособныхъ дѣйствуютъ ихъ законные представители[4].

3) *Смерть владѣльца.* Всякое прiобрѣтенiе владѣнiя оригинарно; поэтому на наслѣдниковъ владѣнiе умершаго не переходитъ ipso jure: они должны сами прiобрѣсти владѣнiе наслѣдственными вещами[5]. Но теченiе узукапiи, начатой умершимъ, безъ перерыва продолжается и для наслѣдниковъ, пока какое-либо третье лицо не захватитъ владѣнiя[6].

4) *Гибель вещи или обращенiе ея въ res extra commercium* также уничтожаютъ владѣнiе[7].

II. Если владѣнiе удерживалось *черезъ представителя,* то оно прекращается въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Владѣнiе прекращается *по волѣ владѣльца, вслѣдствiе его смерти и гибели вещи*[8].

2) Если *владѣлецъ вытѣсненъ* изъ господства надъ вещью, то онъ все-таки сохраняетъ владѣнiе, пока его представители еще владѣютъ вещью для него[9].

3) Если *представитель вытѣсненъ изъ господства надъ вещью*, то представляемый продолжаетъ владѣть, пока для него самого не прекратилась возможность воздѣйствовать на вещь[10]. Поэтому представляемый не перестаетъ владѣть, если насилiе было направлено только противъ представителя лично (напримѣръ, сосѣди прогнали съ участка лично ненавистнаго имъ арендатора). Далѣе представляемый не перестаетъ владѣть, если его представитель умеръ, сошелъ съ ума и т. п.[11]. Если земельный участокъ захваченъ третьимъ лицомъ *въ отсутствiе представителя*, то представляемый теряетъ владѣнiе только въ томъ случаѣ, если представитель, узнавъ объ оккупацiи, не смогъ или не пожелалъ вытѣснить оккупанта[12]. Если же представитель умышленно или по небрежности допустилъ, чтобы третье лицо захватило участокъ, то по конституцiи Юстинiана (L. 12 C. 7, 32) владѣнiе утрачивается для представляемаго лишь послѣ того, какъ онъ самъ узнаетъ объ оккупацiи и не пожелаетъ или не сможетъ вытѣснить оккупанта[13].

---

[2] L. 17 § 1 L. 44 § 2 L. 3 § 6 D. 41, 2. Ср. L. 153 D. 50, 17. L. 8 D. 41, 2. *Dernburg* I, § 182, пр. 10, ср. *Windscheid* § 156, пр. 1.

[3] L. 29 D. 41, 2, ср. L. 27 eod. *Dernburg* I, § 182, пр. 11. *Windscheid* § 156, пр. 11.

[4] Объ условномъ желанiи утратить владѣнiе см. Общ. ч., § 36, пр. 9; противорѣчiе между L. 18 § 1 D. 41, 2 и L. 34 D. 41, 2 и L. 18 pr. D. 43, 16.

[5] L. 23 pr. L. 30 § 5 D. 41, 2.

[6] L. 20 D. 41, 3. L. 6 § 2 D. 41, 4. Выше § 11, A. 5.

[7] L. 30 § 1. 4 D. 41, 2.

[8] L. 30 § 5 D. 41, 2.

[9] L. 1 § 45 D. 43, 16.

[10] Такъ *Dernburg* I, § 183, 3. Ср. *Windscheid* § 157, 2.

[11] L. 31 D. 4, 3. L. 3 § 8 L. 25 § 1 L. 31 D. 41, 2. Ср. L. 40 § 1 D. eod.

[12] L. 1 § 22 D. 43, 16. L. 44 § 2 D 41, 2. *Dernburg* § 183, пр. 5.

[13] *Dernburg* I, § 183, пр. 6. *Windscheid* § 157, пр. 4. *Arndts* § 143, пр. 1.

Глава IV. Защита юридическаго владѣнія.

§ 24. Общія замѣчанія.

I. Владѣніе защищается, главнымъ образомъ, такъ называемыми владѣльческими интердиктами [1]. Эти интердикты введены эдиктомъ претора. Они раздѣляются на *interdicta retinendae possessionis* и *int. recuperandae possessionis*, смотря по тому, является ли предметомъ интердикта охрана владѣнія отъ грозящаго ему нарушенія и отъ частичныхъ вторженій, или возвратъ отнятаго владѣнія [2].

II. Характерной чертой всѣхъ этихъ интердиктовъ является *невозможность возбуждать при спорѣ о владѣніи вопросъ о правѣ на владѣніе.* На этомъ именно основано различие между *petitorium*, т.-е. споромъ о правѣ (напримѣръ, о собственности) и *possessorium*, т.-е. споромъ о владѣніи (§ 15, IV). Противъ иска о владѣніи нельзя ссылаться на право собственности и нельзя даже соединять въ одномъ процессѣ того и другого иска. Поэтому защита владѣнія значительно *ускорена* сравнительно съ защитою права собственности. Для владѣльческой защиты достаточно доказать наличность владѣнія и его нарушеніе; для защиты права собственности (rei vindicatio) требуется доказательство первообразнаго или производнаго пріобрѣтенія собственности; если имѣлъ мѣсто производный способъ, то доказательство дѣлается настолько труднымъ, что оно въ средніе вѣка получило названіе probatio diabolica. Это объясняетъ, почему *владѣющій собственникъ, въ случаѣ лишенія его владѣнія, обыкновенно предпочитаетъ для возврата въ свои руки вещи обращаться не къ rei vindicatio, а къ иску о владѣніи,* какъ иску болѣе скорому [3]. Это объясняетъ также, почему Іерингъ считалъ законодательнымъ основаніемъ защиты владѣнія стремленіе укрѣпить положеніе собственника, право котораго нарушено (см. выше § 17, IV).

Такимъ образомъ, изъ споровъ о владѣніи принципіально исключены вопросы о правѣ на владѣніе вещью; но, съ другой стороны, рѣшеніе по иску о владѣніи *не* имѣетъ *окончательнаго значенія.* Лицо, побѣжденное въ спорѣ о владѣніи, можетъ затѣмъ предъявить rei vindicatio и, доказавъ свое право собственности, истребовать вещь у побѣдившаго въ первомъ спорѣ владѣльца-несобственника. Защита владѣнія носитъ, слѣдовательно, только *провизорный* характеръ.

Это ясно выражено въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ. L. 12 § 1 D. 41, 2. Ulpianus 70 ed. Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit, т.-е. „собственность не имѣетъ ничего общаго съ владѣніемъ; поэтому, если лицо, которое начало уже виндицировать вещь, испрашиваетъ (у претора) interdictum uti possidetis, то ему не отказывается въ этомъ интердиктѣ, ибо тотъ, кто предъявилъ rei vindicatio, не считается отказавшимся отъ владѣнія". L. 14 § 3

---

[1] О защитѣ владѣнія съ помощью кондикцій см. *Kipp* у *Pauly-Wissowa* IV, 1, стр. 855 сл. *Windscheid* § 161. *Dernburg* I, § 188, 3. *R. Mayr*, Condictio, стр. 217 сл. 357 сл.

[2] Gai 4, 143. § 2 I. 4, 15. L. 2 § 3 D. 43, 1. Объ interdicta *adipiscendae* possessionis см. *Windscheid* § 158, пр. 2. *Dernburg* I, § 184, 1. з. и пр. 3.

[3] Ср., впрочемъ, *Windscheid* § 158. пр. 2.

D. 44, 2. Paulus 70 ed. Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur, т.-е. „тотъ, кто уже велъ судебный споръ о владѣніи, въ случаѣ предъявленія имъ иска о правѣ на вещь не устраняется эксцепціей (rei judicatae), такъ какъ въ первомъ случаѣ онъ велъ споръ о владѣніи, а во второмъ возбудилъ споръ о правѣ собственности"; слѣдовательно, во второмъ процессѣ *нѣтъ eadem quaestio*, при наличности которой только и допускается exceptio rei judicatae (См. Общ. часть § 59, II, B. 1, b.).

§ 25. Отдѣльные интердикты.

I. *Interdicta retinendae possessionis.* Въ *классическомъ правѣ* существуетъ два такихъ интердикта: interdictum uti possidetis для защиты владѣнія *недвижимыми* вещами и interdictum utrubi для защиты владѣнія *движимостями.* Оба получили свое имя отъ начальныхъ словъ формулы [1].

1. *Interdictum uti possidetis* примѣнялся въ трехъ различныхъ случаяхъ:

a) Первый случай состоитъ въ слѣдующемъ: При возбужденіи спора *о правѣ собственности* на участокъ часто, вмѣстѣ съ тѣмъ, возникаетъ споръ о томъ, *кто изъ спорящихъ является владѣльцемъ вещи.* Но владѣлецъ вещи въ процессѣ о правѣ собственности является отвѣтчикомъ, и потому onus probandi (Общ. ч. § 58) съ большею тяжестью ложится на его противника, нежели на него; прежде всего долженъ доказать свое право собственности истецъ; если ему это не удастся, то отвѣтчикъ освобождается безъ всякихъ доказательствъ съ своей стороны.—Поэтому рѣшеніе вопроса о владѣніи должно предшествовать разсмотрѣнію процесса о правѣ собственности, чтобы опредѣлить, кто въ послѣднемъ будетъ занимать роль истца и кто—отвѣтчика. Для этой цѣли прибѣгали къ int. uti possidetis [2]. Судья долженъ былъ опредѣлить, кто изъ сторонъ владѣлъ спорнымъ участкомъ въ моментъ изданія интердикта nec vi nec clam nec precario отъ противника (ab adversario [3]). Въ этомъ случаѣ int. uti possidetis носитъ по существу характеръ actio praejudicialis, т.-е. разрѣшаетъ вопросъ о наличности извѣстнаго состоянія правъ (см. Общ. ч. § 14, II). Интердиктъ, кромѣ того, имѣетъ здѣсь характеръ interd. *duplex*, т.-е. положеніе сторонъ одинаково: каждая утверждаетъ за собою владѣніе и требуетъ его признанія отъ противника [4].

b) Включенная въ формулу интердикта оговорка „nec vi nec clam nec precario alter ab altero" придаетъ иногда этому *интердикту рекуператорный характеръ*, т.-е. ведетъ къ возврату отнятаго владѣнія. Если судья

---

[1] Формула interd. uti possidetis въ L. 1 pr. D. 43, 17: „Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto". См. къ этому *Lenel*, Edictum perp. § 247. Формулу int. utrubi *Lenel* op. cit., § 264, на основаніи L. 1 pr. D. 43, 31. Gai. 4, 160 и 150 возстановляетъ слѣд. образомъ: „Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto".

[2] L. 1 § 2. 3 D. 43, 17. § 4 J. 4, 15. Gai 4, 148.

[3] § 4a. J. 4, 15. Для распредѣленія между сторонами ролей истца и отвѣтчика въ самомъ спорѣ о владѣніи въ классическую эпоху происходила т. наз. fructuum licitatio: владѣніе вещью на время этого спора признавалось за тѣмъ, кто обязывался уплатить противнику большую сумму на случай проигрыша процесса. Gai 4, 166. Въ средневѣковомъ и новомъ правѣ для этой цѣли служитъ особое производство: possessorium *summarissimum.* См. *Windscheid* § 159, пр. 12. *Dernburg* I, 187. *Баронъ* § 121.

[4] L. 2 pr. D. 43, 1. L. 3 § 1 D. 43, 17. L. 37 § 1 D. 44, 7 § 7 J. 4, 15. Gai 4, 160.

при разборѣ вопроса о состояніи владѣнія найдетъ, что лицо, владѣющее въ моментъ спора, пріобрѣло свое владѣніе путемъ насилія, тайнаго похищенія или прекарно отъ своего противника по спору о владѣніи, то онъ присуждаетъ владѣльца вернуть участокъ своему противнику—невладѣльцу [5].

c) Третій случай примѣненія интердикта относится къ тому случаю, когда кто-либо, *не претендуя на владѣніе, безпокоитъ владѣніе другого лица* или путемъ фактическаго воздѣйствія на участокъ противъ воли владѣльца (напримѣръ, строитъ, роетъ, сѣетъ на моей землѣ, препятствуетъ мнѣ строить, пускаетъ сильный дымъ на мой участокъ), или путемъ словеснаго запрещенія совершать владѣльческія дѣйствія [6]. Въ этомъ случаѣ int. uti possidetis уже не имѣетъ характера int. duplex, но носитъ характеръ штрафного иска; судья присуждаетъ отвѣтчика къ признанію владѣнія и къ прекращенію нарушеній владѣнія. Если при нарушеніи владѣнія были причинены убытки, они должны быть возмѣщены виновнымъ [7]. Искъ погашается давностью въ теченіе annus utilis [8]. По истеченіи этого срока онъ дается въ размѣрѣ обогащенія отвѣтчика [9].

2. *Interdictum utrubi* по *классическому* праву давался тому изъ двухъ претендентовъ на владѣніе *движимой* вещью, который провладѣлъ ею большую часть послѣдняго года, если только онъ не пріобрѣлъ владѣнія vi clam precario ab adversario [10]; каждому владѣльцу *присчитывалось* владѣніе его auctor'а (accessio possessionis) [11]. Слѣдовательно въ классическую эпоху этотъ интердиктъ получалъ рекуператорный характеръ [12].

Въ эпоху *Юстиніана* этотъ интердиктъ исчезъ; для защиты владѣнія движимыми вещами стали примѣняться правила, которыя были выработаны для interd. uti possidetis [13].

II. *Interdicta recuperandae possessionis*. Это—иски о возвратѣ уже утраченнаго владѣнія. Сюда относятся два интердикта. unde vi и de precario [14].

1. *Interdictum unde vi*—деликтный искъ; онъ защищаетъ владѣльца, который насильственно лишенъ своего владѣнія. Онъ дается только юридическому владѣльцу [15] *недвижимости* [16]. Предположеніемъ его является vis atrox [17], т.-е. насиліе надъ личностью самого владѣльца или его представителя; насиліе это должно состоять или въ томъ, что владѣлецъ не былъ допущенъ на свой участокъ (prohibere), или въ томъ, что онъ былъ изгнанъ

---

[5] L. 1 § 9 L. 3 pr. D. 43, 17. L. 53 D. 41, 2. Gai 4, 166. Къ этому *Баронъ* § 120, 1, а въ концѣ.

[6] L. 3 § 2—4 D. 43, 17. L. 8 § 5 D. 8, 5. L. 5 § 10 D. 39, 1. L. 14 D. 47, 10. L. 11 D. 43, 16. L 52 § 1 D. 41, 2. Не требуется, чтобы противникъ утверждалъ, что онъ владѣлецъ или отрицалъ владѣніе потерпѣвшаго. *Windscheid* § 159, пр. 5. *Dernburg* I, § 186, пр. 8, 9.

[7] L. 1 pr. L. 3 § 11 D. 43, 17. *Windscheid* § 159, пр. 3—3b.

[8] L. 1 pr. D. 43, 17. *Windscheid* § 159, пр. 7.

[9] L. 4 D. 43, 1.

[10] L. 1 D. 43, 31 § 4 J. 4, 15. Gai 4, 160. Paul. 5, 6, 1.

[11] L. 13 § 1—13 D. 41, 2.

[12] Хотя источники причисляютъ его къ interdicta retinendae possessionis. Gai 4, 148. Paul. 5, 6, 1. *Windscheid* § 159, пр. 2.

[13] L. 1 § 1 D. 43, 31. § 4 J. 4, 15.

[14] О формулахъ см. *Lenel* op. cit. § 245 и 258.

[15] L. 1 § 9. 10. 23—26 D. 43, 16.

[16] L. 1 § 3—8 D. 43, 16. Относительно L. 7 C. 8, 4 см. выше Общ. ч. § 55, I. *Windscheid* § 160, пр. 4.

[17] L. 1 § 3 D. 43, 16 ср. L. 1 § 29 L. 3 § 6. 7 L. 5 D. 43, 16. L. 33 § 2 D. 41, 3. L. 9 pr. D. 4, 2. *Windscheid* § 160, пр. 5—7.

съ участка (dejicere). *Отвѣтчикомъ является лицо, виновное въ насиліи*[18]; *при этомъ безразлично, владѣетъ ли оно участкомъ въ моментъ спора, или уже перестало владѣть*[19] (въ этомъ отличіе int. unde vi отъ int. uti possidetis въ его рекуператорной функціи). Противъ этого интердикта не допускается не только ссылка на право (петиторное возраженіе), но даже exceptio vitiosae possessionis (т.-е. ссылка на то, что изгнанный съ участка истецъ раньше самъ пріобрѣлъ владѣніе отъ отвѣтчика порочнымъ способомъ (vi, clam или precario)[20]. Отвѣтчикъ присуждается къ возврату участка со всѣми плодами и приращеніями (res cum omni causa) и къ возмѣщенію убытковъ[21]. По истеченіи annus utilis виновный отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ обогащенія[22]; въ тѣхъ же размѣрахъ отвѣчаютъ и наслѣдники виновнаго[23]. По *юстиніанову* праву[24] int. unde vi давался также противъ лица, которое самовольно захватило участокъ *въ отсутствіе* его владѣльца[25].

2. *Interdictum de precario*[26]. Если кто-либо взялъ вещь въ пользованіе precario, т.-е. *до востребованія*, и затѣмъ при требованіи хозяина вещи не возвращаетъ вещь тотчасъ же и тѣмъ нарушаетъ довѣріе, то онъ отвѣчаетъ по int. de precario и долженъ возвратить вещь и возмѣстить убытки. Онъ освобождается, если возвратъ вещи невозможенъ безъ dolus и culpa lata съ его стороны[27]. Въ отличіе отъ чисто-владѣльческихъ исковъ, противъ interd de precario можно защищаться, ссылаясь на свое *право* собственности[28]. Этотъ интердиктъ задавнивается только въ 30 лѣтъ[29]. Наслѣдники отвѣчаютъ за вину прекариста въ размѣрѣ своего обогащенія[30].

§ 26. Защита добросовѣстнаго владѣнія.

I. *Добросовѣстное владѣніе* (bonae fidei possessio), *которое отвѣчаетъ всѣмъ условіямъ, необходимымъ для узукапіи вещи*, составляющей объектъ владѣнія, *защищается особымъ искомъ*, подобнымъ rei vindicatio. Этотъ искъ дается владѣльцу, *пока давность еще не истекла*, и добросовѣстный владѣлецъ не сталъ еще собственникомъ. Искъ извѣстенъ подъ именемъ *a. in rem Publiciana*. Его условія слѣдующія.

Истецъ долженъ быть субъектомъ владѣнія, которое обладаетъ всѣми

---

[18] См. объ этомъ L. 1 § 12—14 D. 43, 16. L. 1 § 15 L. 4 D. eod. Ср. L. 7 D. 43, 16. L. 3 § 10 D. 43, 17. *Баронъ* § 122, пр. 9—11. *Windscheid* § 160, пр 8, 9. *Dernburg* I, § 188, пр. 16.

[19] L. 1 § 3. 42 L. 15. 16 L. 4 § 22 L. 33 § 2 D. 41, 3. *Windscheid* § 160, пр. 10. *Girard*, стр. 278.

[20] § 6 J. 4, 15. *Windscheid* § 160 пр. 15.

[21] L. 1 § 31—38. 40. 41 L. 6, 19 D. 43, 16. L. 4. 9 C. 8, 4. Подробности у *Барона* § 122 пр. 12—14. *Windscheid* § 160 пр. 10.

[22] L. 1 pr. § 39 D. 43, 16.

[23] L. 1 § 48 L. 2. 3 pr. L. 9 pr. D. 43, 16. См. еще особую норму въ L. 1 § 15 L. 4 D. 43, 16.

[24] L. 11 C. 8. 4. См. *Windscheid* § 160 пр. 1. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 101, I.

[25] Объ *actio* и *exceptio spolii*, выработанныхъ въ эпоху рецепціи, см. *Баронъ* § 123. *Windscheid* § 162. *Dernburg* I § 189.

[26] О его конструкціи см. *Баронъ* § 124. *Windscheid* § 160 пр. 17. Ср. *Dernburg* I § 184 пр. 2.

[27] L. 2 pr. L. 8 § 3. 6 D. 43, 26.

[28] L. 4 § 3 D. 43, 26. Ср. L. 6 § 4 eod.

[29] L. 8 § 7 D. 43, 26.

[30] L. 8 § 8 D. 43, 26.

свойствами, необходимыми для того, чтобы владѣніе по истеченіи давности обратилось въ право собственности. Защита такого владѣнія достигается тѣмъ, что преторъ въ формулѣ иска предписываетъ судьѣ *предположить* (сдѣлать фикцію), что давностный срокъ уже истекъ, и затѣмъ оказать такую защиту владѣльцу, какую онъ оказалъ бы собственнику, если съ истеченіемъ давности истецъ дѣйствительно сдѣлался бы собственникомъ. Формула иска гласила вѣроятно (въ классическую эпоху) такъ: Si quem hominem A^s. A^s. bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset (фикція), tum si eum hominem quo de agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret, si is homo A^0A^0 arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit tantae pecuniae condemna, si n. p. a. [1].

II. Въ частности условія этого иска состоятъ въ слѣдующемъ.

1) Истецъ долженъ былъ получить отыскиваемую вещь *во владѣніе*, хотя бы кратковременное [2], и затѣмъ *утратить это владѣніе*.

2) *Justus titulus* [3]. Достаточнымъ основаніемъ (какъ и для узукапіи) является titulus putativus [4]; напримѣръ, можетъ имѣть a. Publiciana тотъ, кто купилъ вещь у сумасшедшаго, считая его за здороваго, хотя такая купля ничтожна. L. 7 § 2 D. 6, 2 Ulp. libro 16 ad. ed. Marcellus libro 17 digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit [5].

3) *Bona fides*. Если tитуломъ пріобрѣтенія владѣнія является купля-продажа, то bona fides требуется какъ въ моментъ заключенія договора купли-продажи, такъ и въ моментъ пріобрѣтенія владѣнія [6]. При владѣніи на другомъ титулѣ достаточна bona fides въ моментъ пріобрѣтенія владѣнія [7].

4) Вещь должна быть *res habilis*, т.-е. способной къ узукапіи [8].

III. При наличности этихъ условій добросовѣстный владѣлецъ получаетъ для защиты своего владѣнія a. Publiciana. Этотъ искъ даетъ ему возможность при утратѣ владѣнія вернуть вещь изъ рукъ хотя и *не всякаго третьяго лица* (какъ rei vindicatio), но изъ рукъ *всякаго менѣе управомоченнаго, чѣмъ онъ самъ, владѣльца*. A. Publiciana, такимъ образомъ, *не имѣетъ силы* противъ слѣдующихъ лицъ.

1) Противъ *собственника вещи*. Послѣдній имѣетъ противъ a. Publi-

---

[1] *Lenel* op. cit. § 60 (59). Gai 4, 36. Объ исторіи этого иска *Girard* стр. 347 сл. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 68, IV; § 101 in. f.

[2] L. 12 § 7 D. 6, 2.

[3] L. 13 pr. L. 1—L. 7 § 5 L. 8, L. 12 pr. D. 6, 2.

[4] L. 5 D. 6, 2.

[5] L. 2 § 16 D. 41, 4 Paulus (текстъ этого фрагмента приведенъ въ § 11, A. 3) обыкновенно толкуется такъ, что смыслъ содержащагося въ немъ рѣшенія *не противорѣчитъ* приведенной только что L. 7 § 2 D. 6, 2; а именно: Павелъ не хочетъ сказать въ L. 2 § 16 D. 41, 4, что a. Publiciana совсѣмъ не дается при titulus putativus, но отмѣчаетъ только, что противъ *самого* auctor'a (т.-е. сумасшедшаго продавца) покупатель не можетъ ссылаться на ничтожную куплю-продажу, а потому не имѣетъ a. de evictione противъ него и, предъявляя къ нему a. Publiciana, противъ exc. dominii не имѣетѣ replic. rei venditae et traditae; противъ *другихъ лицъ* покупатель можетъ успѣшно вчинать a. Publiciana. Если принять *противорѣчіе* между L. 2 § 16 D. 41, 4 и L. 7 § 2 D. 6, 2, то предпочтеніе получаетъ L. 7 § 2 cit. ибо этотъ фрагментъ стоитъ въ титулѣ Дигестъ „de Publiciana in rem actione", и здѣсь трудно допустить недосмотръ компиляторовъ по вопросамъ, касающимся этого иска. *Vangerow*, Pandecten I § 335, II, 1 c. *Windscheid* § 199 пр. 5. *Dernburg* I § 228 пр. 7.

[6] L. 7 § 11. 14 D. 6, 2.

[7] L. 7 § 12 D. 6, 2.

[8] L. 9 § 5 D. 6, 2. *Windscheid* § 199 пр. 11. *Dernburg* I § 228 пр. 13.

ciana добросовѣстнаго владѣльца, еще не закончившаго узукапіи, *exceptio dominii*; этой эксцепціей онъ обезсиливаетъ искъ [9].

Иногда, однако, истецъ получаетъ противъ этой эксцепціи replicatio и одерживаетъ верхъ даже надъ собственникомъ. Таковъ, главнымъ образомъ [10], случай, когда истецъ, въ свою очередь имѣетъ *replicatio rei venditae et traditae*. Напримѣръ, нѣкто продалъ и передалъ чужую вещь, а затѣмъ сталъ собственникомъ ея; пріобрѣтатель имѣетъ repl. rei venditae et traditae противъ ссылки такого лица на свое право собственности [11]. Другой случай: добросовѣстный владѣлецъ, вчинившій a. Publiciana, пріобрѣлъ вещь отъ несобственника; собственникомъ было то лицо, которое теперь владѣетъ вещью, и которому предъявлена a. Publiciana; но ко времени вчинанія a. Publiciana это послѣднее лицо стало наслѣдникомъ того лица, которое продало и передало вещь истцу. И въ этомъ случаѣ противъ ссылки отвѣтчика на свое право собственности истецъ выставляетъ repl. rei vend. et traditae, т.-е. требуетъ, чтобы отвѣтчикъ призналъ для себя обязательной сдѣлку, заключенную его наслѣдодателемъ, хотя бы относительно чужой вещи [12].

2) A. Publiciana не имѣетъ силы *противъ другого равноуправомоченнаго или болѣе управомоченнаго добросовѣстнаго владѣльца*. Въ частности, если два лица добросовѣстно пріобрѣли вещь *отъ одного и того же auctor*'а, то предпочтеніе отдается тому, кому вещь была передана раньше. Если же два лица bona fide пріобрѣли вещь отъ *разныхъ несобственниковъ*, то предпочтеніе отдается тому, кто въ данный моментъ владѣетъ (melior causa est possidentis, quam petentis) [13]. Въ виду ограниченія круга лицъ, противъ которыхъ съ успѣхомъ можетъ быть проведена a. Publiciana, служащая для защиты bonae fidei possessio, право публиціановскаго владѣльца можетъ быть названо *относительнымъ вещнымъ правомъ* [14].

A. Publiciana ведетъ къ признанію лучшаго права истца на вещь и къ присужденію отвѣтчика къ возмѣщенію всего, что возмѣщается и на основаніи rei vindicatio. Противъ a. Publiciana возможны тѣ же встрѣчныя притязанія, какъ и противъ rei vindicatio [15].

IV. A. Publiciana in rem служитъ не только добросовѣстному владѣльцу ad usucapionem, но и *самому собственнику вещи*. A. Publiciana не требуетъ сложнаго доказыванія права собственности, а только доказательства наличности justus titulus и владѣнія; bona fides презюмируется, пока не будетъ доказано противное [16]. Но, конечно, собственникъ обращается къ a. Publiciana только въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикомъ не является лицо, противъ котораго a. Publiciana не всегда можетъ быть проведена, т.-е. добросовѣстный владѣлецъ ad usucapionem. Въ такомъ случаѣ собственнику необходимо прибѣгнуть къ болѣе сложной rei vindicatio.

---

[9] L. 16. 17 D. 6, 2.
[10] Ср. сверхъ того L. 57 D. 17, 1, *Windscheid* § 199 пр. 14. *Dernburg* I § 228 пр. 15.
[11] L. 2 D. 21, 3.
[12] L. 73 D. 21, 2.
[13] L. 9 § 4 D. 6, 2. L. 14 D. 20, 4. О противорѣчіи въ L. 31 § 2 D. 19, 1 см. *Dernburg* I § 228 пр. 15. *Windscheid* § 199 пр. 13.
[14] *Dernburg* I § 194, 3.
[15] L. 7 § 6 D. 6, 2 Ulp. 16 ed. Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. § 8. In Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus. Ср. L. 136 D. 50, 17 Paulus 18 ed. Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.
[16] См. выше § 11, A, въ концѣ. *Accarias*, т. II, стр. 862, пр. 2.

ОТДѢЛЪ III.

Сервитуты. Суперфиций и эмфитевзисъ.

Глава I. Общія положенія о сервитутахъ.

§ 27. Опредѣленіе.

I. Сервитуты[1] принадлежатъ къ числу *jura in re aliena*, т.-е. такихъ вещныхъ правъ, которыя подчиняютъ вещь управомоченному по нему лицу не во всѣхъ отношеніяхъ, а только въ опредѣленномъ направленіи и съ опредѣленной цѣлью. Отличіе сервитутовъ отъ другихъ видовъ jura in re aliena состоитъ въ слѣдующемъ. Отъ *залогового права* (если считать его за jus in re aliena; см. § 40, II) они отличаются тѣмъ, что дозволяютъ субъекту пользоваться естественными свойствами данной вещи, тогда какъ залоговое право даетъ возможность лишить собственника его собственности и простирается не столько на вещь, сколько на *мѣновую цѣнность* вещи[2]. Отъ *superficies* и *emphyteusis* эти права отличаются тѣмъ, что они не въ столь значительной мѣрѣ ограничиваютъ пользованіе вещью ея собственникомъ. Сервитуты въ сравненіи съ собственностью являются второстепенными правомочіями на вещь[3].

II. Сервитуты суть *вещныя права*. Конечно, пользоваться чужою вещью можно и въ силу *обязательственнаго права*, имѣющаго соотвѣтственное содержаніе (напримѣръ, наемъ вещи для извѣстной цѣли), но различіе между такимъ обязательственнымъ правомъ и сервитутомъ значительно.

1. *Обязательственное* право на пользованіе вещью устанавливаетъ только *право на дѣйствіе лица* и связываетъ только само обязавшееся лицо и его универсальныхъ преемниковъ (наслѣдниковъ). Напротивъ, сервитутъ даетъ непосредственное господство надъ *вещью*. Онъ сохраняетъ силу безъ всякаго измѣненія и тогда, *когда служащая вещь будетъ отчуждена;* вообще онъ связываетъ *всякаго владѣльца служащей вещи*. Защищается онъ вещнымъ искомъ противъ всякаго, кто препятствуетъ осуществленію сервитутнаго права (actio in rem confessoria)[4].

---

[1] О терминологіи источниковъ см. *Windscheid* § 200 пр. 1, § 201 пр. 4. *Dernburg* I § 235, пр. 6. *Ferrini* § 362.

[2] *Dernburg* I, § 235, пр. 4. *Arndts* § 175. *Windscheid* § 200, пр. 2.

[3] *Windscheid* § 200, пр. 3. Объ экономическомъ значеніи сервитутовъ см. *Dernburg* I, § 235, 3.

[4] L. 2 pr. D. 8, 5. L. 5 § 1 D. 7, 6. L. 10 § 1 D. 8, 5.

2. Сущность *обязательственнаго* права состоитъ въ возможности требовать отъ обязаннаго лица извѣстныхъ *дѣйствій отрицательнаго или положительнаго* содержанія. Напротивъ, относительно *сервитутовъ,* какъ правъ на вещи, а не на дѣйствія, существуетъ правило: *servitus in faciendo consistere non potest.* Это значитъ, что сервитутъ можетъ обязать владѣльца служащей вещи къ тому, чтобы онъ чего-либо *не дѣлалъ* (non facere), или къ тому, чтобы онъ *терпѣлъ* воздѣйствіе на вещь (pati); но ни въ какомъ случаѣ не обязываетъ его къ тому, чтобы онъ совершалъ какія-либо положительныя дѣйствія (facere) [5]. Право на положительныя дѣйствія владѣльца вещи было бы не правомъ на вещь, а правомъ обязательственнымъ.— Римляне настолько послѣдовательно проводили это основное воззрѣніе, что не возлагали на собственника служащей вещи даже *обязанности ремонтировать вещь,* т.-е. поддерживать ее въ состояніи, годномъ для службы. Эта обязанность, по общему правилу, лежала на субъектѣ сервитутнаго права [6]. Только при одномъ сервитутѣ—*servitus oneris ferendi*—сдѣлано было *исключеніе.* Этотъ сервитутъ состоялъ въ правѣ одного лица опереть свою постройку на постройку (стѣну, колонну) другого лица. Въ этомъ случаѣ собственникъ сооруженія, служившаго опорою, долженъ самъ поддерживать его въ годномъ для этого состояніи [7]. Сдѣлано это исключеніе, вѣроятно, въ интересахъ собственника служащей вещи: казалось нежелательнымъ допускать постороннее лицо на его участокъ или въ его домъ для ремонта сооруженія, которое, главнымъ образомъ, служитъ не этому лицу, а своему собственнику [8]. Но и отъ обязанности къ ремонту собственникъ можетъ освободиться черезъ derelictio служащей вещи [9].

3. *Nulli res sua servit* [10]. Сервитутъ, какъ вещное право, не можетъ быть установленъ *на собственную вещь субъекта* сервитутнаго права [11]. Собственникъ уже въ силу права собственности имѣетъ всѣ тѣ правомочія, которыя составляютъ содержаніе сервитута. Поэтому, если собственность и сер-

---

[5] L. 15 § 1 D. 8, 1. Pomponius 33 Sab. Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. L. 6 § 2 D. 8, 5. Ulp. 17 ed. Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est, et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. § 3. Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio. L. 12 D. 33, 1.

[6] L. 11 D. 8, 4.

[7] L. 6 § 2. 3 D. 8, 5 (см. выше прим. 5). L. 33 D. 8, 2.

[8] *Dernburg* I, § 236, пр. 7. *Ferrini*, стр. 490. Ср. однако *Karlowa* R. R. G. II, стр. 524. *Girard* стр 354, пр. 1.

[9] L. 6 § 2 D. 8, 5. Ср. Герм. Улож. §§ 1021, 1022 Современное германское право въ большомъ числѣ знаетъ права особаго рода, которыя обязываютъ всякаго собственника извѣстной вещи, какъ таковового, къ совершенію положительныхъ дѣйствій (уплата ренты, поставки натурой). Это—т. наз. *Reallasten.* См. о нихъ Герм. Улож. §§ 1105—1112. *Heusler* Inst. d. deutsch. Privatr. I стр. 344 слл. *Dernburg*, das bürgerl. Recht. III стр. 545 слл. *Cosack* Lehrbuch d. Deutsch. bürg. R. II, § 241.

[10] L. 26 D. 8, 2.

[11] L. 5 pr. D. 7, 6 (въ § 1 прим. 9).

витутное право на вещь *соединятся въ одномъ лицѣ*, то сервитутъ прекращается въ силу *confusio* (ниже, § 35, III).

4. Сервитутъ есть право на *чужую* вещь. Подъ именемъ чужой вещи разумѣется вещь, которая не стоитъ въ собственности субъекта сервитутнаго права. *Но это не значитъ, что она должна стоять въ собственности какого-либо другого лица;* сервитутъ остается въ силѣ и тогда, когда служащая вещь превратится въ res nullius (напримѣръ, будетъ дерелинквирована собственникомъ) [12].

§ 28 Отношеніе сервитутовъ къ праву собственности. Виды сервитутовъ.

I. Право собственности и сервитутъ на ту же вещь находятся между собою въ *коллизіи* (см. о коллизіи правъ Общ. ч. § 17). Эта коллизія разрѣшается предоставленіемъ преимущественнаго осуществленія для сервитута; уже затѣмъ собственникъ можетъ осуществлять свое право *постольку, поскольку это не мѣшаетъ осуществленію сервитута.* Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что сервитутныя права *ограничиваютъ свободу права собственности.* Но собственникъ, обременившій сервитутомъ свою вещь, ограничивается лишь настолько, насколько осуществленіе его правъ препятствовало бы осуществленію сервитута [1]. Поэтому онъ можетъ даже обременять свою вещь другими сервитутами такого же содержанія, если это не помѣшаетъ отправленію раньше установленнаго сервитута (напримѣръ, установивъ сервитутъ прохода для сосѣда А, я могу установить такой же сервитутъ и для сосѣда В; установивъ для А сервитутъ черпанія воды, я могу предоставить такой же сервитутъ сосѣду В, если то позволяетъ количество воды) [2]. Съ другой стороны, субъектъ сервитутнаго права долженъ пользоваться своимъ сервитутомъ *civiliter*, т.-е. не наносить безъ нужды вреда собственнику служащей вещи и его хозяйству [3].

По прекращеніи сервитутнаго права свобода собственности возстановляется ipso jure, т.-е. безъ всякаго особаго акта.

II. Различается два вида сервитутныхъ правъ: *servitutes praediorum*, т.-е. *предіальные сервитуты*, и *servitutes personarum*, т.-е. *личные сервитуты* [4]. И тѣ, и другіе—вещныя права, т.-е. имѣютъ объектомъ саму служащую вещь и связываютъ каждаго владѣльца ея, какъ такового. Но они различаются *по субъекту сервитутнаго права*, т.-е. по тому лицу, которому принадлежитъ господство надъ чужой вещью.

1. Предіальные сервитуты предполагаютъ наличность двухъ земельныхъ участковъ (praedia). Задача этихъ сервитутовъ—увеличивать хозяйственную годность одного участка (*praedium dominans*, господствующій участокъ) вслѣдствіе того, что его нуждамъ служатъ извѣстныя свойства другого участка

---

[12] *Dernburg* I, § 236, пр. 13.—Источники содержатъ еще одно общее положеніе относительно сервитутовъ: „servitus servitutis esse non potest". L. 1 D. 33, 2. L. 33 § 1 D. 8, 3. L. 15 § 7 L. 16 D. 7, 1. Но это положеніе, во всякомъ случаѣ, не вполнѣ точно: *Windscheid* § 200, пр. 5; его отвергаетъ *Dernburg* I, § 236, пр. 14. Ср. *Ferrini*, стр. 492.

[1] *Windscheid* § 209, пр. 13.

[2] L. 15 D. 8, 4. L. 2 § 1. 2 D. 8, 3.—L. 4 D. 43, 20. L. 19 § 2 D. 10, 3.

[3] L. 9 D. 8, 1. Общ. ч. § 17, I. *Dernburg* I, § 237, пр. 8—10. *Windscheid* § 208, пр. 11.

[4] L. 1 D. 8, 1.

(*praedium serviens*, служащій участокъ)[5]. Эти сервитуты управомочиваютъ поэтому всегда *собственника господствующаго участка, какъ таковою.* Послѣ передачи права собственности на господствующій участокъ другому лицу они, вмѣстѣ съ правомъ собственности на него, пріобрѣтаются новымъ собственникомъ[6]. Это примѣръ права, непрямымъ образомъ связаннаго съ субъектомъ (см. Общ. часть, § 12, II). Источники иногда называютъ даже субъектомъ этихъ сервитутовъ самое praedium dominans[7]. Но въ такого рода выраженіяхъ не слѣдуетъ видѣть юридической конструкціи: praedium dominans не олицетворяется и не выступаетъ въ качествѣ субъекта правъ, какъ-бы юридическаго лица[8]. Если бы юридическая конструкція предіальныхъ сервитутовъ была такова, то эти сервитуты не погашались бы посредствомъ confusio при соединеніи въ одномъ лицѣ права собственности на служащій участокъ и сервитута на него[9].

2. Личные сервитуты, напротивъ, служатъ интересамъ *опредѣленнаго лица*; они принадлежатъ только ему и не переходятъ даже къ его наслѣдникамъ[10]. Слѣдовательно, субъектъ права можетъ обладать ими только *пожизненно.* Главные четыре такихъ сервитута слѣдующіе: 1) ususfructus,, 2) usus, 3) habitatio и 4) operae servorum или animalium.

Глава II. Предіальные сервитуты.

§ 29. Общія положенія.

I. Предіальный сервитутъ, какъ мы только что видѣли, предназначенъ служить интересамъ извѣстнаго земельнаго участка (praedium dominans) и принадлежитъ собственнику этого участка, какъ таковому. Связь сервитута съ господствующимъ участкомъ неразрывная. Сервитутъ необходимо переходитъ на всякаго новаго пріобрѣтателя участка и, съ другой стороны, не можетъ быть отчужденъ собственникомъ господствующаго участка отдѣльно отъ самаго участка[1]. Этотъ сервитутъ обозначается поэтому даже въ источникахъ, какъ особое свойство господствующаго участка, на ряду съ его физи-

---

[5] L. 1 § 1 D. 8, 4. Ulp. 2 inst. Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. L. 12 D. eod. Paul. 15 Sab. Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt.

[6] L. 12 D. 8, 4 (въ прим. 5). L. 47—49 D. 18, 1. L. 23 § 2 D. 8, 3.

[7] L. 12 D. 8, 4 (въ прим. 5): fundus fundo servit. L. 12 D. 8, 1 fundo... servitus adquiritur. См. также L. 31 L. 13 pr. D. 8, 3. L. 30 (31) § 7 D. 3, 5... sententia praedio datur. -Но источники говорятъ даже о томъ, что *pecori* debetur appulsus (L. 1 § 18 L. 43, 20) или ager *itineri aut actui* servit (L. 13 § 1 D. 8, 3).—Болѣе точныя выраженія: L. 17 § 3 D. 8, 2 hoc igitur pollicetur venditor *sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi*, se non debere. L. 1 § 1 D. 8, 4 (въ прим. 5). L. 30 § 1 D. 8, 2: si partem praedii nanctus sim, *quod mihi aut cui ego serviam...*

[8] Такую конструкцію предлагаетъ, напр., *Böcking* Pandecten oder Institutionem (2 изд. 1853 г.), т. I § 62, 1, a.

[9] См. *Vangerow* I § 53 Anm. *Windscheid* § 57 пр. 10. § 201 пр. 6 *Dernburg* I § 238.

[10] См. ниже § 31, 1.

[1] L. 12 D. 8, 4. L. 36 D. 8, 3. L. 47 D. 18, 1. L. 20 § 1 D. 41, 1.

ческими свойствами. L. 86 D. 50, 16 Celsus 5 dig. Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter-qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo [2]. Предметомъ предіальнаго сервитута можетъ быть только земельный участокъ, который называется praedium serviens, служащій участокъ [3].

II. Общія условія, которымъ долженъ удовлетворять предіальный сервитутъ, и общія свойства каждаго предіальнаго сервитута сводятся къ слѣдующему:

1) Содержаніемъ предіальнаго сервитута можетъ быть только такое пользованіе служащимъ участкомъ, которое полезно для *самого господствующаго участка, а не только для даннаго его собственника*, какъ личности [4]. Сервитутъ долженъ „praedii meliorem causam facere“ [5]. Не требуется, чтобы польза для господствующаго участка была непремѣнно оцѣнима на деньги; сервитутъ можетъ служить и для удовольствія обитателей участка (водопроводъ для устройства фонтана, servitus prospectus) [6].

2) Сервитутъ долженъ имѣть *causam perpetuam*, т.-е. онъ долженъ имѣть своимъ содержаніемъ такое пользованіе служащимъ участкомъ, которое *основано на какомъ-либо постоянномъ его свойствѣ* (водопроводъ возможенъ изъ озера съ живымъ ключомъ, но не изъ пруда безъ ключа); точно также интересъ господствующаго участка въ пользованіи долженъ быть постоянный, а не временный только [7].

3) Предіальный сервитутъ, по древнеримскому праву, могъ быть установленъ только между *сосѣдними* участками—praedia vicina [8]. Впослѣдствіи отъ этого требованія отступили для такъ называемыхъ городскихъ сервитутовъ (см. ниже): для нихъ довольствовались требованіемъ, чтобы участки находились въ такомъ положеніи, чтобы служащій участокъ *фактически могъ быть полезенъ* господствующему участку [9].

4) *Объемъ сервитутнаго права* не можетъ превышать предѣловъ потребностей господствующаго участка, какъ таковаго; такъ, напримѣръ, водопроводомъ можно пользовать для удовлетворенія всѣхъ нуждъ въ водѣ на господствующемъ участкѣ, но не для продажи воды сосѣдямъ [10].

5) Субъектъ сервитутнаго права не можетъ ни отчудить сервитутнаго права отдѣльно отъ права собственности на господствующій участокъ, ни даже по обязательственному договору *уступить третьему лицу возможность пользоваться предіальнымъ сервитутомъ* L. 44 D. 19, 2. Ulpianus l. 7 ed. Locare servitutem nemo potest. L. 24 D. 8, 3. Pomp. l. 33. Sab. Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare. Proculus contra, ut ne in meam partem [partem mei] fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit uti [duci] ea possit. Proculi sententia verior est [11]. Въ

---

[2] *Dernburg* I § 238 пр. 4. *Windscheid* § 209 пр. 2, 3.

[3] L. 21 D. 8, 2. L. 12 D. 8, 4. L. 20 § 1 D. 41, 1.

[4] L. 8 pr. L. 15 pr. L. 19 D. 8, 1. *Windscheid* § 209 пр. 5. *Dernburg* I § 240 пр. 4—6.

[5] L. 6 § 1 D. 8, 3.

[6] L. 3. 12. 15 D. 8, 2. L. 3 pr. D. 43, 20.

[7] L. 28 D. 8, 2. *Dernburg* § 240 пр. 16 17. *Windscheid* § 209 пр. 7—8.

[8] L. 7 § 1 L. 23 § 3 D. 8, 3. L. 14 § 2 D. 8, 1.

[9] L. 4 § 8—L. 6 pr. D. 8, 5. L. 1. 38. 39 D. 8, 2. L. 6 pr. D. 8, 4. L. 8 pr. D. 39, 1. *Dernburg* I § 240 пр. 12.

[10] L. 5 § 1 L. 6 pr. § 1 L. 24. 29. 33 § 1 D. 8, 3. *Dernburg* I § 240 пр. 7—11. *Windscheid* § 209 пр. 10.

[11] Ср. L. 1 § 16 D. 43, 20. L. 33 § 1 D. 8, 3. *Dernburg* I § 238 пр. 7.

противномъ случаѣ былъ бы нарушенъ принципъ, согласно которому объемъ права, предоставляемаго сервитутомъ, долженъ опредѣляться только размѣромъ потребностей господствующаго участка, какъ таковаго.

6) Предіальные сервитуты—*права недѣлимыя* [12]. Другими словами, часть предіальнаго сервитута юридически немыслима: она не можетъ быть ни пріобрѣтена, ни утрачена [13]. Если praedium dominans находится въ сособственности, то сервитутъ можетъ быть пріобрѣтенъ лишь всѣми сособственниками вмѣстѣ; если въ сособственности стоитъ praedium serviens, то оно можетъ быть обременено сервитутомъ только всѣми сособственниками вмѣстѣ [14]. Если участокъ, для котораго былъ уже пріобрѣтенъ сервитутъ, будетъ раздѣленъ между нѣсколькими лицами на partes pro diviso, то для каждой части пріобрѣтается самостоятельный сервитутъ [15]. Если дѣленію подвергся служащій участокъ, то сервитутъ продолжаетъ обременять каждую часть его. Исключеніе составляетъ только тотъ случай, когда сервитутъ съ самаго начала обременялъ одну какую-нибудь опредѣленную часть служащаго участка [16]; въ этомъ случаѣ при дѣленіи участка остальныя части совсѣмъ освобождаются отъ сервитута [17].

III. Предіальные сервитуты дѣлятся на *servitutes praediorum urbanorum* и *s. p. rusticorum*, т.-е. *городскіе и сельскіе сервитуты*. Смыслъ этого дѣленія споренъ. По господствующему воззрѣнію, эта классификація основана на свойствахъ господствующаго, а не служащаго участка [18]; однако, господствующее ученіе формулируется не всѣми его сторонниками одинаково. Такъ, Виндшейдъ говоритъ: „Участокъ, потребностямъ котораго предназначенъ служить предіальный сервитутъ, можетъ быть или полевой (незастроенный) или же застроенный. Такъ какъ потребности полевого участка въ общемъ иныя, нежели потребности застроеннаго, то и сервитуты, которые связываются съ полевымъ участкомъ, по общему правилу, имѣютъ не то содержаніе, которое получаютъ сервитуты, связанные съ застроеннымъ участкомъ; впрочемъ, совпаденіе содержанія не исключается безусловно. Смотря по тому, встрѣчается ли содержаніе каждаго даннаго сервитута *обыкновенно* при полевыхъ участкахъ, или же при застроенныхъ, и самый сервитутъ получаетъ названіе городского или сельскаго“ [19]. Другіе изслѣдователи считаютъ болѣе согласнымъ съ источниками признавать сервитутъ городскимъ или сельскимъ, смотря по тому, установленъ ли онъ *въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ* въ пользу участка застроеннаго или полевого [20].

IV. По своему содержанію сервитуты дѣлятся на *servitutes habendi*,

---

[12] См. объ этомъ *Dernburg* I § 241. *Windscheid* § 209, 8. *Girard* стр. 358 сл. *Баронъ* § 156, 1.

[13] L. 32 D. 8, 3. L. 11 D. 8, 1.

[14] L. 11 D. 8, 3. L. 18 D. 8, 4.—Но servitus per partes retinetur L. 8 § 1 D. 8, 1. L. 30 § 1 D. 8, 2.

[15] L. 6 § 1 D. 8, 6. L. 25 D. 8, 3.

[16] Это возможно: L. 6 D. 8, 1. L. 6 § 1 D. 8, 4.

[17] L. 6 § 1 a. D. 8, 6.

[18] Сомнѣнія возбуждаетъ L. 11 § 1 D. 6, 2.

[19] См. *Windscheid* § 210.

[20] *Girard*, стр. 359. *Accarias* I § 269. *Dernburg* I § 239, 1 Cf. *Ferrini* § 377. Главнымъ основаніемъ для этого ученія служитъ L. 2 pr. D. 8, 3. Впрочемъ, самъ *Windscheid* § 210 пр. 2 не настаиваетъ на томъ, что его теорія вполнѣ соотвѣтствуетъ текстамъ; см. у него подробное изложеніе контроверсы. Остальные источники: pr. § 1—3 J. 2, 3. L. 1 D. 8, 1. L. 1 § 1 D. 8, 4. L. 1 D. 8, 2. L. 1 D. 8, 3. L. 198. 211 D. 50, 16.

т.-е. такіе, которые дозволяютъ имѣть какое-либо сооруженіе на чужомъ участкѣ (aquaeductus), *serv. faciendi*, т.-е. такіе, которые уполномочиваютъ къ какому-либо иному дѣйствію (напримѣръ iter), и *serv. prohibendi*, которые даютъ право запрещать собственнику служащаго участка что-либо дѣлать (serv. altius non tollendi).

V. Менѣе важно дѣленіе сервитутовъ на *постоянные—servitutes continuae*—и *непостоянные—discontinuae*. Постоянными называются тѣ сервитуты, которые обезпечиваютъ ихъ субъекту наличность извѣстнаго длительнаго состоянія. Ихъ содержаніе есть habere или prohibere, или же, наконецъ, такое facere, которое допустимо во всякое время (напримѣръ, обыкновенная servitus itineris) [21]. Discontinuae—тѣ сервитуты, которые могутъ быть отправляемы лишь въ извѣстное время (право проѣзда для сбора жатвы).

§ 30. Отдѣльные виды предіальныхъ сервитутовъ.

Мы не будемъ перечислять всѣхъ предіальныхъ сервитутовъ, которые были извѣстны римлянамъ. Ограничимся наиболѣе важными и типичными [1].

I. *Servitutes praediorum rusticorum.* Сюда относятся прежде всего *дорожные* сервитуты. Римляне знаютъ слѣдующіе виды ихъ: *Iter*, т.-е. право проходить, проѣзжать верхомъ и быть переносимымъ на носилкахъ [2]. *Actus*, т.-е. право прогонять скотъ и проѣзжать [3]; но право проѣзжать можетъ быть исключено [4]. *Via*, т.-е. право проѣзжать съ нагруженными повозками, а также ire и agere [5]. Къ этимъ сервитутамъ можетъ быть прибавлена еще servitus navigandi, т.-е. право переѣзжать чужое озеро, чтобы попасть на участокъ [6].

Далѣе слѣдуютъ *водные* сервитуты. Сюда относятся: aquaeductus [7], т.-е. право провести воду со служащаго участка по трубамъ и каналамъ (различаются aqua quotidiana, hiberna, diurna, nocturna); aquaehaustus, т.-е. право черпать воду на чужомъ участкѣ [8]; pecoris ad aquam appulsus, т.-е. право пригонять скотъ на водопой по чужому участку [9].

Наконецъ, римлянамъ извѣстны также *пастбищные* сервитуты [10] и многіе другіе.

II. *Servitutes praediorum urbanorum.* Сюда относится, во-первыхъ, право *пристроекъ* и *надстроекъ*, каковы: servitus tigni immittendi, т.-е. право вставлять балки въ стѣну сосѣда [11]; servitus oneris ferendi [12] (см. выше § 27, II, 2); servitus projiciendi, т.-е. право выдвинуть балконъ въ воздуш-

---

21 L. 14 pr. D. 8, 1.

1 Подробности см. у *Dernburg* I § 241—244. *Windscheid* §§ 211—211 a. *Баронъ*. §§ 165. 166. *Accarias* I, § 268. *Ferrini* § 377—379.

2 pr. J. 2, 3. L. 1. 7 pr. L. 12 D. 8, 3.

3 pr. J. 2, 3, L 1 pr. 7 pr. 12 D. 8, 3.

4 L. 13 D. 8, 1.

5 L. 9 D. 8, 1 L. 7. 8 L. 13 § 2. 3 L. 23 pr. D. 8, 3. L. 6 § 1 d D. 8, 6.

6 L. 23 § 1 D. 8, 3.

7 pr. J. 2. 3 L. 1 pr. D. 8, 3. L. 4. 8 D. 43, 20. L. 15 D. 8, 3.

8 L. 2 D. 8, 4. L. 4 L. 20 § 3 D. 8, 3. L. 4 § 6 D. 8, 5. § 2 J. 2, 3.

9 § 2 J. 2, 3. L. 1 § 1 D. 8, 3. L. 1 § 18 D. 43, 20.

10 § 2 J. 2, 3. L. 1 § 1 L. 3 pr. L. 4 L. 6 § 1 D. 8, 3.

11 § 1 J. 2, 3. L. 2. 6 D. 8, 2. L. 14 pr. D. 8, 5. L. 18 § 2 D. 8, 6.

12 § 1 J. 2. 3. L. 33 D. 8, 2. L. 6 § 2. 3 D. 8, 5.

ное пространство надъ чужимъ участкомъ [13] и т. п. Далѣе, *право отвода воды, нечистотъ* и т. д., каковы: servitus stillicidii (recipiendi, immitendi, avertendi)—право спускать дождевую воду съ крыши на участокъ сосѣда [14]; serv. cloacae immittendae—право отводить воду съ отбросами на участокъ сосѣда или черезъ него [15]; servitus fumi immittendi—право выпускать на участокъ сосѣда очень большое количество дыма [16]. Наконецъ, *право на свѣтъ или видъ*, каковы servitus altius non tollendi — право требовать отъ сосѣда, чтобы онъ не поднималъ своихъ построекъ выше извѣстнаго уровня [17]; servitus ne luminibus officiatur—право требовать, чтобы сосѣдъ вообще не загораживалъ свѣта [18]; servitus ne prospectui officiatur -- право требовать, чтобы не застраивался видъ (напр., на море) [19].

Глава III. Личные сервитуты.

§ 31. Узуфруктъ и квази-узуфруктъ.

Личные сервитуты отличаются отъ предіальныхъ тѣмъ, во-первыхъ, что они *связаны съ опредѣленнымъ лицомъ,* тогда какъ предіальные сервитуты принадлежатъ собственнику господствующаго участка, какъ таковому. Далѣе, предіальные сервитуты управомочиваютъ только на ограниченное пользованіе чужой вещью; *содержаніе* личныхъ сервитутовъ *шире* Съ другой стороны предіальные сервитуты разсчитаны на постоянное существованіе, а личные *ограничены сравнительно короткимъ срокомъ.—Виды* личныхъ сервитутовъ менѣе многочисленны, чѣмъ предіальныхъ. Римляне знали *четыре* главныхъ личныхъ сервитута: usufructus, usus, habitatio, operae servorum sive animalium. Изъ нихъ первое мѣсто по значенію занимаетъ ususfructus [1].

I. *Узуфруктъ* [2]. Юристъ Павелъ [3] такъ опредѣляетъ этотъ сервитутъ: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, т.-е. узуфруктъ есть право пользоваться чужой вещью и ея плодами, сохраняя въ цѣлости субстанцію вещи. Для полноты опредѣленія слѣдуетъ добавить, что это право вещное и что оно связано съ опредѣленнымъ лицомъ.

Въ древнѣйшемъ правѣ узуфруктъ былъ *строго личнымъ правомъ*; онъ не переходилъ къ наслѣднику [4] и не былъ отчуждаемъ [5]. Позднѣйшіе

---

[13] L. 2 D. 8, 2. L. 3 § 5. 6 D. 43, 17. L. 22 § 4 D. 43, 24. L. 9 § 1 D. 9, 2. Dig. 39, 2.
[14] § 1 J. 2, 3. L. 17 § 3 L. 20 § 3–6 D. 8, 2. L. 2. 28. D. eod.
[15] L. 7 D. 8, 1. L. 1 § 4 D. 43, 23.
[16] L. 8 § 5–7 D. 8, 5. Выше § 4, IV, 1.
[17] L. 2. 4 L. 11 § 1 L. 12 L. 23 § 1 D. 8, 2. § 1 J. 2, 3.
[18] § 1 J. 2, 3. L. 4. 15—17 pr. § 2 L. 22. 23 D. 8, 2.
[19] L. 3. 12. 15 D. 8, 2. L. 5 pr. D. 39, 1.
[1] Личные сервитуты появились позже предіальныхъ: см. *Karlowa* II стр. 533 сл.; старѣйшимъ изъ нихъ былъ ususfructus *Karlowa* 540 сл. Cf. *Costa* II, стр. 125. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 30, III.
[2] Въ русской литературѣ см. *Дорнъ*. Узуфруктъ. 1872.
[3] L. 1 D. 7, 1; см. также pr. J. 2, 4.
[4] § 3 J. 2, 4. L. 35 § 1 L. 47 D. 7, 1. L. 3 § 3 D. 7, 4. L. 9 D. 7, 5. L. 21 D. 7, 8.
[5] § 3 J. 2, 4. L. 66 D. 23, 3. L. 15 D. 10, 2. L. 10 § 1 D. 10, 3. *Windscheid*, § 202 пр. 5.

классическіе юристы уже допускали нѣкоторое смягченіе перваго изъ этихъ правилъ [6]. Они считаютъ возможнымъ установленіе узуфрукта съ тѣмъ, чтобы онъ *возникалъ* вновь по смерти перваго узуфруктуара въ пользу его наслѣдниковъ [7]. — *Неотчуждаемость* до конца развитія римскаго права составляла необходимое свойство узуфрукта. Узуфруктуаръ не можетъ никому передать своего права [8], онъ можетъ только путемъ *обязательственнаго* договора уступить другому лицу *осуществленіе узуфрукта;* въ этомъ случаѣ узуфруктуаръ продолжаетъ считаться субъектомъ узуфрукта: поэтому узуфруктъ, не смотря на передачу его осуществленія третьему лицу, прекращается со смертью узуфруктуара [9]; узуфруктуаръ попрежнему отвѣчаетъ за цѣлость вещи и правильность пользованія ею передъ собственникомъ [10].

Узуфруктъ, какъ личный сервитутъ, прекращается вслѣдствіе capitis deminutio его субъекта; но Юстиніанъ постановилъ, что capitis deminutio *minima* не оказываетъ на него вліянія [11].

Предметомъ узуфрукта могутъ быть всякія вещи, какъ движимыя, такъ и недвижимыя [12]. Отличительное свойство узуфрукта отъ другихъ сервитутовъ заключается въ томъ, что это право признается *дѣлимымъ* [13]. Причиной этой особенности является то обстоятельство, что главное правомочіе узуфруктуара состоитъ въ правѣ извлекать плоды и пользоваться ими, а право на плоды само по себѣ дѣлимо. Въ виду этого узуфруктъ можетъ быть установленъ на идеальную часть вещи (pars pro indiviso), и каждый сособственникъ вещи можетъ установить узуфруктъ на свою идеальную часть вещи [14] (о смыслѣ этого выраженія см. выше § 5). Узуфруктъ можетъ быть, далѣе, установленъ въ пользу нѣсколькихъ лицъ на одну и ту же вещь съ тѣмъ, чтобы эти лица конкурировали въ осуществленіи своихъ правъ и такимъ образомъ пользовались каждый лишь идеальной частью вещи [15] (состояніе, подобное сособственности; см. § 5 выше).

Права и обязанности узуфруктуара сводятся къ слѣдующему. Узуфруктуаръ имѣетъ право:

1) Пользоваться *самой вещью* [16].

2) *Извлекать изъ нея плоды* [17]. Подъ именемъ *плодовъ* здѣсь разумѣется всякій доходъ [18], т.-е. какъ fructus naturales [19], такъ и fructus civi-

---

[6] L. 5 pr. D. 7, 4. Ulp. 17 Sab. L. 38 § 12 D. 45, 1. Ulp. 49. Sab. — L. 14 C. 3, 33 не содержитъ ограниченія этой нормы. *Windscheid* § 215 пр. 7. *Dernburg* I § 246 пр. 4.

[7] При этомъ для каждаго наслѣдника узуфруктъ *возникаетъ вновь*, т.-е. необходимо установленіе новой cautio.

[8] Единственное исключеніе см. въ L. 4 D. 7, 4. *Windscheid* § 205, пр. 5. *Dernburg* I § 246 пр. 9.

[9] Подробности см. у *Windscheid* § 205 пр. 4.

[10] L. 66 D. 23, 3. Толкованіе этого мѣста см. у *Windscheid* § 202 пр. 5. *Dernburg* I § 246 пр 5. L. 57 D. 24, 3. L. 38. 40. 67 D. 7, 1. Но лицо, получившее такимъ образомъ осуществленіе чужого узуфрукта, имѣетъ вещную защиту. L. 11 § 2 D. 20, 1. *Windscheid* § 205 пр. 4.

[11] L. 16 § 2. 3 C. 3, 33. § 3 J. 2, 4. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 95, IV.

[12] Подробности см. у *Dernburg* I § 246 пр. 11 - 13.

[13] L. 1 § 9 L. 81 pr. D. 35, 2. L. 13 § 1 D. 46, 4.

[14] L. 5. 49. 50 D. 7, 1.

[15] L. 1 pr. D. 7, 2.

[16] Usus. L. 12 § 1 L. 15 § 4. 5 L. 28 L. 41 pr. D. 7, 1. L. 9 § 3 D. 7, 9. L. 23 § 1 D. 7, 1.

[17] Fructus. Объ этомъ выраженіи см. *Windscheid* § 203 пр. 4.

[18] L. 7 § 1 D. 7, 1... quicumque reditus... quaeque obventiones...

[19] L. 9 pr. § 2. 3. 5 L. 59 § 1 L. 62 L. 68 § 1 D. 7, 1. L. 28 pr. D. 22, 1.

les[20], напримѣръ, доходъ отъ отдачи вещи внаймы (см. Общ. ч. § 31, V). Естественные плоды узуфруктуаръ пріобрѣтаетъ въ моментъ perceptio[21]. Въ пользованіи самою *вещью* узуфруктуаръ стѣсненъ извѣстными границами. Онъ долженъ пользоваться ею, какъ уже видно изъ опредѣленія Павла, приведеннаго выше, „salva rei substantia". Это значитъ, что онъ долженъ обращаться съ вещью, какъ bonus paterfamilias, и вести вообще правильное хозяйство[22]. Онъ не долженъ употреблять вещь для цѣлей, которыя противны ея хозяйственному назначенію, напримѣръ, раба переписчика отправлять на сельскія работы[23], или несовмѣстимы съ тѣмъ назначеніемъ, которое собственникъ далъ этой вещи[24]. Наконецъ, онъ не долженъ измѣнять характера вещи, который придалъ ей собственникъ. Разумѣются, конечно, только существенныя измѣненія въ вещи; незначительныя измѣненія узуфруктуару дозволены; граница между существенными и незначительными измѣненіями въ случаѣ спора опредѣляется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по усмотрѣнію суда[25].

Правамъ узуфруктуара соотвѣтствуютъ извѣстныя *обязательственныя обязанности* его передъ собственникомъ вещи.

1) Узуфруктуаръ долженъ возмѣстить собственнику ущербъ, который понесетъ собственникъ оттого, что узуфруктуаръ пользовался своимъ правомъ *не въ должныхъ границахъ*[26]. Кромѣ того, онъ обязанъ вознаградить собственника за убытки въ томъ случаѣ, если онъ не приложилъ къ сохраненію вещи въ цѣлости *заботливости* boni patrisfamilias, т.-е. онъ отвѣчаетъ за omnis culpa по отношенію къ вещи[27].

2) Далѣе, узуфруктуаръ обязанъ принимать на себя всѣ *постоянные расходы* по содержанію вещи (постоянный мелкій ремонтъ)[28], очистку канавъ, подсадку растеній въ виноградникѣ или фруктовомъ саду[29], пополненіе инвентаря сельскаго участка[30]. Эта обязанность соотвѣтствуетъ его праву пользоваться самою вещью и ея плодами. Но онъ не обязанъ нести *чрезвычайные* расходы (напримѣръ, капитальный ремонтъ дома). Эти расходы ложатся на собственника, къ которому вещь вернется по окончаніи узуфрукта[31].

3) Наконецъ, по окончаніи сервитута вещь должна быть *возвращена собственнику*; по поводу этого собственникъ имѣетъ на ряду съ rei vindicatio также обязательственный искъ противъ узуфруктуара[32].

---

[20] L. 59 § 1 L. 9 pr. L. 12 § 2 D. 7, 1. L. 21–26 D. eod.

[21] L. 12 § 5 D. 7, 1. L. 13 D. 7, 4. L. 25 § 1 L. 28 pr. D. 22, 1. § 36. 37 J. 2, 1 Выше § 10, III c. О пріобрѣтеніи fructus civiles см. *Windscheid* § 203 пр 9. *Girard* стр. 364 *Karlowa*, II, стр. 538.

[22] L. 9 § 2 L. 15 § 4 D. 7, 1. § 38 I. 2, 1. Cf. boni viri arbitratu въ L. 13 pr. § 6. 8 D. 7, 1. L. 1 pr. D. 7, 9. О смыслѣ словъ „salva rei substantia" ср. впрочемъ, *Girard* стр. 360 пр. 3. *Ferrini*, стр. 473 пр. 5.

[23] L. 15 § 1 D. 7, 1.

[24] L. 13 § 8 D. 7, 1.

[25] Напр. узуфруктуаръ виллы, которая носитъ характеръ парка, не долженъ обращать ее въ плодовый садъ L. 13 § 4 D. 7, 1; но онъ можетъ устроить каменоломню на полевомъ участкѣ, не мѣняя общаго его характера. L. 9 § 3 L. 13 § 5 D. 7, 1. См. также L. 7 § 3 L. 8. L. 13 § 7 L. 44. 61 D. 7, 1. *Windscheid* § 203, пр. 14.

[26] L. 1 § 3 D. 7, 9. *Windscheid* § 204 пр. 2.

[27] Paul. 3, 6, 27. L. 1 § 3 L. 2 D. 7, 9. L. 65 pr. D. 7, 1 § 38 I, 2, 1.

[28] L. 7 § 2 D. 7, 1.

[29] L. 18 D. 7, 1. § 38 I. 2. 1.

[30] L. 9 § 6 D. 7, 1.

[31] L. 7 § 2 D. 7, 1. L. 7 C. 6, 33. Подробности см. у *Dernburg* I § 248, 2.

[32] L. 1 pr. D. 7, 9.

Эти обязательственныя обязанности возникаютъ для узуфруктуара не ipso jure изъ его вещнаго права; для установленія ихъ должна быть заключена *особая сдѣлка*. Узуфруктуаръ обязанъ по требованію собственника вещи заключить особую стипуляцію—*cautio usufructuaria*,—которая обезпечивалась поручительствомъ, т.-е. носила характеръ satisdatio [33] (См. Общ. ч., § 54, II, 1). Собственникъ вещи могъ не выдавать узуфруктуару вещи, пока онъ не представитъ ему этой cautio; если онъ выдавалъ ему вещь, не потребовавъ cautio, то могъ виндицировать вещь [34]. По Юстиніанову праву давался, сверхъ того, особый обязательственный искъ (condictio), чтобы вытребовать отъ узуфруктуара представленіе cautio [35]. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ узуфруктуаръ освобождался отъ представленія cautio: напримѣръ, отецъ по поводу своего узуфрукта на bona adventicia дѣтей [36].

Собственникъ не можетъ воздѣйствовать на вещь, находящуюся въ узуфруктѣ, поскольку его воздѣйствіе препятствовало бы узуфруктуару осуществлять свое право. Во всемъ остальномъ собственникъ вещи можетъ ею распоряжаться [37]; такъ, онъ можетъ перенести свое право собственности на другое лицо во время существованія узуфрукта; онъ можетъ закладывать вещь [38] и обременять ее сервитутами, которые не вредятъ узуфруктуару [39].

II. *Квази-узуфруктъ*. Кромѣ собственно узуфрукта, источники знаютъ т. наз. quasi-ususfructus, введенный какимъ-то сенатусконсультомъ неизвѣстной даты [40]. Съ точки зрѣнія его юридической конструкціи этотъ институтъ имѣетъ мало общаго съ узуфруктомъ; здѣсь сервитута, права на чужую вещь, не возникаетъ. Онъ совпадаетъ съ узуфруктомъ лишь въ своихъ экономическихъ цѣляхъ. Подъ квази-узуфруктомъ разумѣется переносъ вещей *въ собственность* другого лица съ правомъ ихъ потребленія, при чемъ это лицо обязуется по истеченіи опредѣленнаго срока *возвратить* равное количество такихъ же вещей или, при наличности особаго соглашенія, возмѣстить цѣнность *этихъ вещей въ деньгахъ* [41]. Эта обязанность устанавливается путемъ представленія cautio [42].

Къ этой сдѣлкѣ прибѣгаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ иной формѣ неудобно предоставить кому-либо пользованіе чужимъ капиталомъ. На нѣкоторыя вещи можетъ быть установленъ только quasi-ususfructus; по отношенію къ другимъ возможенъ какъ настоящій узуфруктъ, такъ и quasi-ususfructus. Quasi-ususfructus единственно пригодная форма для предоставленія въ пользованіе потребляемыхъ вещей (см. Общ. ч., § 31, III). Пользованіе этими

---

[33] Dig. 7, 9. *Lenel*, Edictum perp. § 171, 286. *Dernburg* I § 218 пр. 13. *Girard* стр. 366. *Ferrini* § 370, 371.

[34] L. 7 pr. D. 7, 9.

[35] L. 7 pr. D. 7, 9. L. 5 § 1 D. 7, 5. По мнѣнію многихъ ученыхъ, condictio cautionis здѣсь интерполирована. *Gradenwitz*, Interpolationen. стр. 27 сл. *Pernice*, Labeo т. III, стр. 209 пр. 5. *Mayr*, Condictio стр. 155 сл.; 166 пр. 3, 222 сл. *Girard* стр. 366 пр. 4. *Ferrini* § 371 пр. 2.

[36] Семейное пр. § 15. IV. Другіе случаи см. у *Windscheid* § 204 пр. 8. Нельзя освобождать по завѣщанію отъ представленія этой cautio. L. 7 C. 6, 54. L. 6 pr. D. 36, 4. *Dernburg* I § 248 пр. 18—19. *Windscheid* § 204 пр. 9.

[37] L. 7 § 1 L. 13 § 7 L. 17 § 2 L. 25 § 3 D. 7, 1.

[38] L. 2 C. 3, 33.

[39] L. 15 § 7 L. 16 D. 7, 1. *Windscheid* § 203 пр. 18.

[40] L. 1 D. 7, 5. § 2 I. 2, 4. Ulp. 24, 27.

[41] L. 5 § 1 L. 7 D. 7, 5. § 2 I. 2, 4.

[42] L. 8 D. 7, 5. § 2 I. 2, 4. L. 6 pr. D. 36, 4.

вещами состоитъ, по общему правилу, въ ихъ потребленіи[43]. Между тѣмъ, узуфруктъ по своей природѣ исключаетъ право потребленія, онъ есть пользованіе salva rei substantia. Въ виду этого приходится переносить на управомоченное лицо право собственности и обязывать его къ возврату цѣнности вещей въ деньгахъ, т.-е. устанавливать quasi-ususfructus[44]. Иногда для сторонъ удобнѣе прибѣгать къ quasi-ususfructus и по отношенію къ непотребляемымъ вещамъ, относительно которыхъ возможенъ и ususfructus[45].

2. Предметомъ quasi-ususfructus могутъ быть не только тѣлесныя вещи, но и права требованія, *обязательства*[46]. Однако, то, что римскіе юристы называютъ quasi-ususfructus nominis, въ сущности, цессія обязательственнаго права съ обязательствомъ цессіонара возмѣстить цѣнность обязательства или вернуть то, что будетъ получено по обязательству, по окончаніи срока, установленнаго для узуфрукта[47]. Чаще всего предметомъ quasi-ususfructus служатъ обязательственныя права, имѣющія своимъ предметомъ предоставленіе денегъ или иныхъ замѣнимыхъ вещей (см. Общ. ч. § 31, II). Въ такомъ случаѣ узуфруктуаръ можетъ взыскать по требованію и получаетъ взысканную сумму въ собственность. По окончаніи квази-узуфрукта, онъ долженъ вернуть ту сумму, которую онъ взыскалъ или долженъ былъ взыскать съ должника[48].

3. Когда узуфруктъ установленъ на *все имущество* или на *часть имущества* извѣстнаго лица — какъ, напр., законные узуфрукты семейнаго права, то это равносильно установленію ряда узуфруктовъ и quasi-ususfructus на отдѣльныя вещи, входящія въ составъ имущества[49]. Имущество, какъ таковое, не есть особый объектъ права (Общ. ч. § 29, III). Соотвѣтственно съ этимъ, за долги, лежащіе на имуществѣ, и по установленіи узуфрукта на имущество продолжаетъ отвѣчать собственникъ имущества; собственникъ можетъ только удержать изъ имущества при выдачѣ его узуфруктуару часть, необходимую для покрытія долговъ[50]. Если право узуфрукта на имущество связано съ правомъ управленія имуществомъ, какъ, напр., при законномъ узуфруктѣ отца на имущество дѣтей[51], то въ силу этого послѣдняго права узуфруктуаръ можетъ дѣлать отчужденія изъ имущества, необходимыя для управленія имъ, и отвѣчаетъ передъ кредиторами этого имущества[52].

---

[43] Ср., впрочемъ, *Dernburg* I § 249 пр. 3.

[44] § 2 I. 2, 4.

[45] См. напр. о носильномъ платьѣ рѣшенія, съ одной стороны, въ § 2 I. 2, 4, съ другой—въ L. 15 § 4. 5 D. 7, 1 и L. 9 § 3 D. 7, 9. Къ этому *Girard*, стр. 362 пр. 1 *Windscheid* § 206 пр. 6. *Dernburg* I § 249 пр. 5 и 6.

[46] L. 3 D. 7, 5.

[47] *Dernburg* I § 249, 2. О цессіи вообще см. *Дернбургъ*, Обязат. пр. § 48 слл.

[48] L. 24 D. 33, 2. L. 1 C. 3, 33. *Dernburg* I § 249 пр. 9. О quasi-ususfructus на другія права и, въ частности, на право требовать species, см. *Windscheid* § 206, 2 и 3. *Girard* стр. 362 пр. 5.

[49] Самое возникновеніе quasi-ususfructus связано, по всей вѣроятности, съ установленіемъ въ завѣщаніяхъ узуфрукта на все имущество, что было иногда неизбѣжно. См. *Windscheid* § 206 пр. 2. *Girard* стр. 361 пр. 3. Нѣкоторые авторы утверждаютъ, что завѣщательный легатъ вообще былъ единственнымъ допустимымъ способомъ установленія квази-узуфрукта; см. напр. *Ferrini*, § 366. Ср. однако *Accarias* I, стр. 714, пр. 2.

[50] L. 69. D. 35, 2. L. 43 D. 33, 2.

[51] Семейное право § 15, IV.

[52] § 3 I. 3, 10 L. 8 § 4 C. 6, 61.

§ 32. Личные сервитуты съ болѣе ограниченнымъ содержаніемъ.

I. *Usus*. Usus есть право пользованія вещью *безъ права на плоды вещи*. L. 2 pr. D. 7, 8. Ulp. 17 Sab. Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest [1]. Это право, такимъ образомъ, имѣетъ значительно меньшій объемъ, нежели узуфруктъ. Узуаръ можетъ пользоваться только самою вещью и только *лично;* онъ не имѣетъ права передавать другимъ лицамъ осуществленіе своего пользованія даже по обязательственной сдѣлкѣ [2]. Впрочемъ, это положеніе не проводилось вполнѣ послѣдовательно [3]. Узуаръ дома могъ не только самъ жить въ домѣ, но помѣщать въ немъ свою семью, рабовъ и слугъ и даже принимать постояльцевъ. Онъ не могъ только сдать домъ внаймы, не живя въ немъ самъ [4]. Запрещеніе пользоваться плодами не проводилось послѣдовательно. Узуаръ могъ пользоваться плодами вещи для своихъ личныхъ потребностей; онъ не могъ только продавать ихъ [5].

Въ остальномъ узуаръ подлежитъ тѣмъ же ограниченіямъ въ пользованіи вещью и на немъ лежатъ тѣ же обязательственныя обязанности, какъ на узуфруктуарѣ. Онъ устанавливаетъ ту же cautio въ пользу собственника [6]. Но онъ несетъ расходы по содержанію вещи въ меньшихъ размѣрахъ, чѣмъ узуфруктуаръ [7]. Его право недѣлимо [8]. Прекращается оно вслѣдствіе смерти узуара и его capitis deminutio media или maxima [9].

II. *Habitatio*. Этотъ сервитутъ даетъ право жить въ чужомъ домѣ. Такъ какъ право, извѣстное подъ этимъ именемъ, оставлялось обыкновенно по завѣщанію съ цѣлью предоставить алименты, то оно подчинялось другимъ нормамъ, чѣмъ usus, согласно иной цѣли института. Субъектъ права на habitatio могъ возмездно передавать другимъ лицамъ осуществленіе своего права [10]; право его не прекращалось въ силу неиспользованія имъ или въ силу capitis deminutio управомоченнаго лица [11].

III. *Operae servorum sive animalium*, т.-е. право пользоваться услугами чужихъ рабовъ или животныхъ [12]. Оно отличается тѣми же особенностями, какъ habitatio, т.-е. не прекращается вслѣдствіе non usus и capitis deminutio [13], и осуществленіе его можетъ быть возмездно передано другимъ лицамъ [14].

---

[1] См. также L. 1 D. eod.

[2] L. 11 D 7, 8. § 1—3 I. 2, 5.

[3] L. 12 § 2 D. 7, 8... neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. Къ этому см. *Windscheid* § 207 пр. 3. *Dernburg* I § 250 пр. 7—8.

[4] L. 4—7 D. 7, 8.

[5] L. 10 § 4—L. 12 § 1 D. 7, 8.

[6] L. 5 § 1 L. 11 D. 7, 9. Ср. еще L. 15 § 1 L. 22 § 2 L. 23 D. 7, 8. L. 13 § 2 D. 7, 1.

[7] L. 18 D. 7, 8.

[8] L. 19 D. 7, 8. *Windscheid* § 207 пр. 12.

[9] § 3 I. 2, 4. Pr. I. 2, 5. L. 16 § 2 C. 3, 33.

[10] L. 13 § 1 C. 3, 33. L. 10 pr. D. 7, 8. § 5 I. 2, 5.

[11] L. 10 D. 4, 5. L. 10 pr. D. 7, 8

[12] L. 5 § 3 D. 7, 9.

[13] L. 2 D. 7, 7. L. 2 D. 33, 2.

[14] L. 2 D. 33, 2. О возможности перехода этого сервитута по наслѣдству въ виду L. 2 D. 33, 2 существуетъ споръ. См. *Windscheid* § 208 пр. 8 и *Dernburg* I § 230 пр. 15. Историч. замѣч. о habitatio и operae у *Ferrini*, Pand. § 374. *Karlowa* II, стр. 1257.

IV. Въ качествѣ личнаго сервитута могутъ быть установлены права на пользованіе вещью въ извѣстномъ отношеніи. Въ частности въ видѣ личнаго сервитута можно пріобрѣсти право на такое пользованіе вещью, которое обыкновенно составляетъ содержаніе предіальнаго сервитута (напримѣръ право прохода, проѣзда, водопровода и т. п.)[15]. Это—такъ наз. *servitutes personarum irregulares.*

Глава IV. Владѣніе сервитутами. Возникновеніе, прекращеніе и защита сервитутовъ.

§ 33. Владѣніе сервитутами.

I. Подъ именемъ владѣнія вообще разумѣется сознательное фактическое господство лица надъ вещью. Въ частности юридическое владѣніе вещами есть фактическое господство, соединенное съ намѣреніемъ владѣльца обращаться съ вещью, какъ съ своею собственною.—Въ императорское время юристами было выработано новое понятіе; на ряду съ знакомымъ намъ владѣніемъ вещами явилось также защищенное особыми владѣльческими интердиктами *владѣніе правами, juris quasi possessio*[1]. Названіе это не можетъ быть признано точнымъ: предметомъ владѣнія и въ этомъ случаѣ является не какое-либо право, а тѣлесная вещь[2]. Но, если обыкновенное владѣніе вещами по внѣшности представляется какъ бы осуществленіемъ права собственности на вещь[3], то juris quasi possessio представляетъ видимость осуществленія какого-либо сервитутнаго права, какъ бы пользованіе имъ. Если при владѣніи вещами владѣлецъ долженъ имѣть волю господствовать надъ вещью, подобно собственнику, то при juris quasi possessio онъ имѣетъ волю господствовать надъ вещью въ какомъ-либо опредѣленномъ отношеніи, относиться къ ней такъ, какъ будто онъ имѣетъ на нее извѣстное jus in re aliena.—Конечно, на дѣлѣ этого jus in re aliena можетъ и не существовать. Владѣть вещами можетъ и несобственникъ; имѣть juris quasi possessio можетъ и такое лицо, которое сервитутнаго права не имѣетъ.—Въ случаѣ такого господства надъ вещью говорится (неточно) о владѣніи правомъ на вещь, juris quasi possessio (самое слово „quasi“ указываетъ на неточность названія).

II. Предметомъ quasi possessio могутъ быть *не всѣ права*, которыя относятся господствующимъ воззрѣніемъ къ правамъ *на чужую вещь*, или, точнѣе выражаясь, не всѣ права на чужую вещь имѣютъ такое содержаніе, чтобы возможно было длительное осуществленіе этого содержанія на практикѣ, производящее впечатлѣніе фактическаго осуществленія даннаго права.

---

[15] L. 32 D. 7, 1. L. 4. 37 D. 8, 3 L. 6 D. 33, 3, L. 14 § 3 D. 34, 1. L. 1 D. 33, 2. Ср. *Ferrini* § 381.

[1] pr. J. 4, 15. L. 10 pr. D. 8, 5. L. 2 § 3 D. 43, 26. L. 2 D. 8, 4. L. 7 D. 43, 19. L. 23 § 2 D. 4, 6. Gai 4, 139.

[2] Во многихъ мѣстахъ источниковъ прямо отрицается возможность possessio въ отношеніи къ res incorporales. L. 3 pr. D. 41, 2. L. 4 § 26 (27) D. 41, 3. L. 1 § 8 D. 43, 3. L. 32 § 1 D. 8, 2.

[3] Поэтому нѣкоторые нѣмецкіе пандектисты называютъ владѣніе вещами Eigentumsbesitz; см. напр. *Arndts* § 129, 135; ср. *Windscheid* § 151, пр. 2.

Нельзя владѣть залоговымъ правомъ [4]. Но сервитутныя права всѣ могутъ быть предметомъ juris quasi possessio [5].

III. *Элементы* juris quasi possessio тѣ же, какъ элементы владѣнія вещами, именно: corpus и animus. Требуется прежде всего *фактическое отношеніе лица къ вещи*, которое соотвѣтствуетъ содержанію извѣстнаго jus in re aliena. Это отношеніе различно при различныхъ сервитутахъ. При узуфруктѣ оно состоитъ въ держаніи вещи [6]; при сервитутахъ, которые осуществляются черезъ посредство дѣйствій управомоченнаго лица (напримѣръ iter), въ совершеніи этихъ дѣйствій [7]; при сервитутахъ, состоящихъ въ возведеніи сооруженія (aquaeductus), должно существовать это сооруженіе [8]; при servitus prohibendi владѣніе состоитъ въ томъ, что сосѣдъ подчиняется запрету лица дѣйствительно или мнимо управомоченнаго, напримѣръ, не строить выше извѣстнаго уровня [9]. Во-вторыхъ, налицо должна быть *воля господствовать надъ вещью* именно такъ, какъ господствуетъ надъ нею лицо, имѣющее право на такое господство [10]. При этомъ не требуется, чтобы владѣлецъ былъ убѣжденъ въ наличности у него такого права; возможно владѣніе правомъ mala fide [11]. *Утрачивается* владѣніе правомъ, когда фактическое отношеніе къ вещи станетъ невозможнымъ, или окончательно прекратится [12], а также, когда отпадетъ воля владѣть [13]. *Защищается* juris quasi possessio особыми интердиктами, о которыхъ рѣчь будетъ ниже (§ 36, III).

§ 34. Возникновеніе сервитутовъ.

Сервитуты возникаютъ въ силу юридическихъ сдѣлокъ, по давности, по судебному рѣшенію и по непосредственному предписанію закона.

I. *Юридическія сдѣлки.* Оставляя въ сторонѣ установленіе сервитутовъ *по завѣщательному распоряженію* [1] (см. Наслѣдственное право, § 32, II), мы обратимся къ сдѣлкамъ *inter vivos.*—Сервитутъ по сдѣлкѣ inter vivos можетъ быть установленъ или помощью дополнительнаго договора, или путемъ самостоятельнаго акта.

---

[4] При pignus римское право признавало наличность производнаго владѣнія вещью (см. выше § 18, II), но не juris quasi possessio. Это служитъ однимъ изъ доказательствъ того, что залогъ не есть вещное право; см. ниже § 40, II.

[5] Германское право въ этомъ отношеніи пошло дальше римскаго; см. *Windscheid* § 151, пр. 4, § 464. *Dernburg* I, 191.

[6] L. 3 pr. D. 7, 1... induxerit in fundum, eumve patiatur uti frui... Съ точки зрѣнія владѣнія вещами это держаніе узуфруктуара является простой detentio. L. 1 § 8 L. 12 D. 41, 2. L. 6 § 2 D. 43, 26.

[7] L. 7 D. 43, 19. L. 20 D. 8, 1. Ср. впрочемъ *Windscheid* § 169, пр. 5.

[8] L. 20 pr. D. 8, 2.

[9] *Windscheid* § 163, пр 4.

[10] L. 7 D. 43, 19. Celsus 25 dig. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi [eundi *scr.*] possedisse oportet.

[11] L. 3 § 2 D. 43, 19. Поэтому не точны выраженія въ L. 25 D. 8, 6. L. 1 § 19 D. 43, 20. Подробности у *Windscheid* § 163, пр. 6 О пріобрѣтеніи juris quasi possessio черезъ представителя см. *Windscheid* § 163, пр. 7—10.

[12] *Windscheid* § 163, пр. 11—13.

[13] *Windscheid* § 163, пр. 14.

[1] Чаще всего этимъ путемъ устанавливались личные сервитуты. *Dernburg* I, § 245, пр. 2.

Самостоятельными актами установленія въ цивильномъ правѣ были: *mancipatio* для serv. praed. rusticorum, которыя были res mancipi, и *in jure cessio* для остальныхъ сервитутовъ [2]. Къ провинціальнымъ участкамъ акты цивильнаго права не были примѣнимы, и для нихъ былъ выработанъ особый способъ установленія сервитутовъ—путемъ простого соглашенія, подкрѣпленнаго стипуляціей—*pactio et stipulatio* [3]. Въ Италіи же во время имперіи вошло въ обычай установлять сервитуты путемъ *quasi traditio* (т.-е. путемъ передачи владѣнія сервитутомъ, juris quasi possessio); этотъ способъ получилъ признаніе въ классической юриспруденціи [4]. Въ *Юстиніановомъ* правѣ сохранили силу только два послѣднихъ способа [5].

Путемъ *дополнительнаго договора* можно было устанавливать сервитуты при отчужденіи земельныхъ участковъ: отчуждатель при этомъ могъ выговорить для себя сервитутъ на отчуждаемую имъ землю или же обременить оставшуюся у него землю сервитутомъ въ пользу отчужденной части (deductio) [6].

Устанавливать сервитутъ этими способами можетъ каждый собственникъ обременяемой сервитутомъ вещи [7]. Сособственники могутъ установить сервитутъ лишь сообща, за исключеніемъ узуфрукта. Эмфитевта и суперфиціаръ могутъ обременять вещь сервитутами, дѣйствіе которыхъ прекращается съ прекращеніемъ права на вещь самихъ установителей [8].

Пріобрѣтать личные сервитуты можетъ каждое лицо, какъ физическое, такъ и юридическое; пріобрѣтать предіальные сервитуты можетъ только собственникъ, эмфитевта или суперфиціаръ господствующаго участка [9]; нѣсколько сособственниковъ должны дѣйствовать сообща (выше § 29, II, 6).

II. *Пріобрѣтеніе по давности*. Въ древнемъ цивильномъ правѣ допускалось пріобрѣтеніе сервитута въ силу usucapio. Это было отмѣнено по lex Scribonia [10]. Во время имперіи т. наз. *longa possessio* стала признаваться способомъ пріобрѣтенія сервитутовъ [11]. Ея условія состоятъ въ слѣдующемъ. Должно быть налицо *долговременное владѣніе* сервитутомъ, т.-е. осуществленіе на практикѣ его содержанія такъ, какъ будто-бы это осуществленіе совершалось лицомъ управомоченнымъ къ этому. *Срокъ*—десятилѣтній inte

---

[2] Gai 2, 29, 30, 32. *Хвостовъ*, Ист. рим пр. § 30, IV.

[3] Gai 2, 31. *Girard* стр. 371, пр. 3. *Dernburg* I, § 251, пр. 19. *Хвостовъ*, ор. cit. § 70, II.

[4] L. 20 D. 8, 1. L. 1 § 2 D. 8, 3. L. 11 § 1 D 6, 2. *Girard* стр. 372. *Dernburg* I. § 251, пр. 20. *Хвостовъ*, ор. cit. § 70, II.

[5] § 4 J. 2, 3. § 1 J. 2, 4. L 3 pr. D. 7, 1. L. 25 § 7 D. 7, 1. L. 33 pr. L. 36 D. 8, 3; см. также предыдущее примѣчаніе. *Хвостовъ*, ор. cit. § 102, I.— О современномъ gemeines Recht см. *Dernburg* I, § 251 in f. *Windscheid* § 212, пр. 1.

[6] Deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem. L. 32. 36 § 1 L. 54 D. 7, 1 L. 34 D. 8, 2. L. 30 D. 8, 3. L. 3. 5. 6 pr. § 3 L. 7 pr. L. 8. 10 D. 8, 4. L. 22 § 1 D. 12, 6. L. 7 D. 19, 1. L. 126 § 1 D. 45, 1. Fr. Vat. 47, 51. Gai 2, 33. Историч. замѣчанія см. у *Girard* стр. 369 и 372, пр. 3. Конструкція: *Dernburg* I, § 251, пр. 14. *Windscheid* § 212, 7.

[7] L. 6 pr. D. 8, 4.

[8] L. 1 pr. D. 7, 4. L. 1 § 9 D. 43, 18. *Windscheid* § 212, пр. 2.—О правѣ публиціанскаго владѣльца см. *Dernburg* I, § 251, пр. 5.

[9] Узуфруктуаръ не можетъ ихъ пріобрѣтать. L. 15 § 7 D. 7, 1. О публиціанскомъ владѣльцѣ см. *Dernburg* I, § 251, пр. 9. *Windscheid* § 212, пр. 7.

[10] L. 4 § 28 (29) D. 41, 3. *Girard* стр. 370, пр. 2. *Dernburg* I, § 252, пр. 2.

[11] L. 10 D. 8, 5. *Хвостовъ*, ор. cit. § 70, II.

praesentes и двадцатилѣтній inter absentes[12]. Владѣніе должно было осуществляться *nec vi nec clam nec precario* по отношенію къ собственнику[13]. Ни titulus, ни bona fides не требовались[14].

III. *Судебное рѣшеніе.* Сервитуты нерѣдко устанавливаются рѣшеніемъ по actiones divisoriae[15]. Кромѣ того, магистратъ, въ случаѣ нужды, можетъ обязать собственника участка предоставить другому лицу за вознагражденіе право прохода къ мѣсту погребенія, если къ нему нельзя иначе пройти[16].

IV. *Предписаніе закона.* Часто возникаетъ въ силу закона узуфруктъ на имущество въ силу семейныхъ отношеній (Семейное пр. § 12, I и II; § 15, IV).

§ 35. Прекращеніе сервитутовъ.

I. Подобно всѣмъ вещнымъ правамъ, сервитуты прекращаются, если *вещь*, которая служитъ ихъ объектомъ, погибнетъ[1], или превратится въ res extra commercium[2], или будетъ отчуждена, безъ соотвѣтствующей оговорки, фискомъ, императоромъ или его супругою (о послѣднемъ случаѣ см. выше § 2, II). Личные сервитуты прекращаются также въ случаѣ существеннаго измѣненія вещи, которая является объектомъ сервитута[3]. Если это измѣненіе совершено собственникомъ, то онъ долженъ возмѣстить субъекту сервитутнаго права причиненные тѣмъ убытки[4].

II. Земельные сервитуты прекращаются съ *гибелью praedium dominans*[5]. Личные сервитуты прекращаются *со смертью управомоченнаго лица,* а также съ его capitis deminutio maxima и media[6]; если субъектомъ личнаго сервитута является юридическое лицо, то крайнимъ срокомъ продолжительности сервитута признаются *сто лѣтъ*[7].

III. Сервитуты прекращаются, если собственность на вещь и сервитутное право на нее *соединятся въ одномъ лицѣ* (confusio)[8]; сервитутъ не возстановляется, если это лицо затѣмъ отчудитъ вещь[9].

IV. Сервитутъ прекращается *съ отказомъ отъ него его субъекта*[10]. До-

---

[12] Paul. 5, 5a, 8. L. 12 § 4 C. 7, 33.
[13] L. 10 pr. D. 8, 5.
[14] Спорный вопросъ. См. *Dernburg* I, § 252 in f. Ср. *Windscheid* § 213, 3.
[15] L. 6 § 1 D. 7, 1. L. 22 § 3 D. 10, 2.
[16] L. 12 pr. D. 11, 7. *Dernburg* I, § 253. *Windscheid* § 212, пр. 6. Выше § 4, IV, 7.
[1] L. 24 pr. § 1 D. 7, 4.
[2] L. 17 pr. D. 7, 1.
[3] L. 5 § 2 D. 7, 4. Ulp. 17. Sab. Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt uel exustae sunt: sine dubio extinguitur. an et areae? certissimum est exustis aedibus nec areae nec caementorum usum fructum deberi. et ita et Julianus. § 3. Si areae sit usus fructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usum fructum extingui constat. plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento uel de dolo tenebitur. *Dernburg* I, 254, пр. 3. *Windscheid* § 215, пр. 2.
[4] L. 5 § 3 D. 7, 4 (въ прим. 3).
[5] Уничтожается ли serv. pr. urb съ разрушеніемъ зданія на pr. dominans? L. 20 § 2 D. 8, 2. *Dernburg* I, 244, пр. 2. *Windscheid* § 215, пр. 3.
[6] § 3 J. 2, 4. pr. J. 2, 5.
[7] L. 21 D. 7, 4. L. 56 D. 7, 1
[8] L. 1 D. 8, 6. L. 30 pr. § 1 D. 8, 2. Случай пріобрѣтенія узуфруктуаромъ права собственности на обремененную узуфруктомъ вещь называется *consolidatio* § 3 J. 2, 4.
[9] L. 30 pr. D. 8, 2 cf. L. 57 D. 7, 1. *Dernburg* I, § 254, пр. 11.
[10] L. 64. 65 pr. D. 7, 1. L. 8 D. 8, 6. L. 4 § 12 D. 44, 4. Для классическаго права ср. еще *Gai* 2, 30. L. 66 D. 23, 3. *Girard* стр. 374, пр. 5.

статочно ли односторонняго отказа (derelictio) или же необходимо еще принятіе отказа собственникомъ вещи—это спорно [11].

V. Сервитутъ прекращается съ наступленіемъ *dies ad quem* или *резолютивнаго условія*, подъ которымъ онъ установленъ [12].

VI. Наконецъ, сервитуты прекращаются вслѣдствіе *non usus*, т.-е. непользованія ими въ теченіе опредѣленнаго времени [13]. Осуществленіе, которое предохраняетъ сервитутъ отъ уничтоженія non usu, сводится къ тому, что на дѣлѣ поддерживается то фактическое состояніе, которое соотвѣтствуетъ отправленію сервитутнаго права [14]. При этомъ не требуется, чтобы его осуществлялъ лично субъектъ сервитута. Не только дѣйствія его прислуги и представителей, но даже дѣйствія недобросовѣстнаго владѣльца господствующаго участка прерываютъ теченіе давности, погашающей сервитутъ [15]. Непользованіе должно продолжаться 10 лѣтъ inter praesentes и 20 лѣтъ inter absentes [16].

Для погашенія давностью *городскихъ* предіальныхъ сервитутовъ требуется usucapio libertatis [17], т.-е. владѣлецъ служащаго участка въ теченіе этого времени долженъ владѣть фактически состояніемъ, противоположнымъ содержанію сервитутнаго права (напримѣръ, при servitus altius non tollendi должно быть выстроено зданіе выше дозволеннаго предѣла). Usucapio libertatis не требуетъ ни bona fides, ни titulus [18], но не должна покоиться на precarium (т.-е. на дозволеніи субъекта сервитута не соблюдать его впредь до запрещенія) [19].

§ 36. Защита сервитутнаго права.

I. *Actio confessoria* [1]. Лицо, которое считаетъ себя управомоченнымъ по сервитутному праву, имѣетъ на случай нарушенія этого права особый искъ, a. confessoria. Искъ этотъ, въ качествѣ *вещнаго* иска, можетъ быть предъявленъ и противъ всякаго третьяго лица, нарушающаго сервитутъ.

Истцомъ является лицо, претендующее на сервитутъ [2]. Искъ о преділальномъ сервитутѣ можетъ вчинить только собственникъ praedium dominans, а также суперфиціаръ, эмфитевта, залогоприниматель [3] и узуфруктуаръ го-

---

11 *Dernburg* I, § 254, пр. 13. *Windscheid* § 215, пр. 11.

12 При личныхъ сервитутахъ эти оговорки дѣйствовали ipso jure (Fr. Vat 50), а при преділальныхъ - ope exceptionis (L. 4 pr. D. 8, 1. § 3 J. 3, 15. L. 44 § 1 D. 44, 7. L. 56 § 4 D. 45, 1). *Хвостовъ*, Ист рим. пр. § 70, пр. 12.

13 Paul. 1, 17; 3, 6, 30. § 3. J. 2, 4. L. 25. D. 7, 4. L. 6. D. 8, 2.

14 L. 12 D. 8, 6.

15 L. 20–24 D. 8, 6.

16 L. 16 § 1 C. 3, 33. L. 13. 14 pr. C. 3, 34. *Хвостовъ*, op. cit. § 102, 1.

17 L. 6 D. 8, 2.

18 *Dernburg* I, § 254, пр. 26, ср. *Windscheid* § 216, пр. 10.

19 L 32 pr. D. 8, 2. L. 17 D. 8, 4.

1 О формулѣ иска, которая редактировалась различно въ разныхъ случаяхъ, см. *Lenel*, Ed. perp. §§ 72 73. *Dernburg* I § 255 пр. 2.

2 А также то лицо, которому передано осуществленіе узуфрукта L. 11 § 2 D. 20, 1.— Каждый сособственникъ господствующаго участка имѣетъ самостоятельный искъ. L. 4 § 3 L. 6 § 4 L. 19 D. 8, 5. L. 1 § 5 D. 43, 27. *Dernburg* I § 255 пр. 7; § 164 пр. 11. *Windscheid* § 132.

3 L. 16 D. 8, 1. L. 3 § 3 L. 9 D. 39, 1.

сподствующаго участка[4]. Въ противоположность rei vindicatio, предъявленіе a. confessoria не предполагаетъ въ качествѣ необходимаго условія, чтобы истецъ утратилъ владѣніе сервитутомъ: этотъ искъ можетъ вчинить и владѣющее сервитутомъ лицо для обезпеченія своего права отъ нарушенія[5].

Отвѣтчикомъ является каждое лицо, которое нарушаетъ сервитутъ или грозитъ его нарушить[6]. Требуется только, чтобы нарушеніе или угроза были направлены противъ самого сервитутнаго права, а не противъ личности даннаго субъекта сервитута.

Цѣлью иска является признаніе сервитута и установленіе состоянія, которое соотвѣтствуетъ сервитутному праву, возмѣщеніе убытковъ отъ нарушенія права и обезпеченіе отъ дальнѣйшихъ нарушеній[7]; для лучшаго достиженія этой послѣдней цѣли осужденный отвѣтчикъ обязывается представить cautio de non amplius turbando[8].

Истецъ долженъ *доказать* наличность своего сервитутнаго права и нарушеніе его отвѣтчикомъ.

II. *Actio negatoria*[9]. Если кто-либо неправомѣрно присвоиваетъ себѣ сервитутъ, то собственникъ вещи можетъ предъявить a. negatoria, чтобы добиться признанія *свободы своей вещи отъ сервитута*. Мы уже имѣли случай замѣтить (выше § 13, II), что этотъ искъ, хотя и дается по поводу сервитутнаго права, служитъ для защиты *права собственности*[10]. Разсматриваемъ же мы его въ связи съ a. confessoria въ виду сходства между нормами, регулирующими эти два иска.

Истцомъ по a. negatoria является собственникъ вещи, по отношенію къ которой отвѣтчикъ присвоиваетъ себѣ сервитутъ[11], а также суперфиціаръ, эмфитевта, залогоприниматель этой вещи[12].

Отвѣтчикомъ является всякій, кто словомъ или дѣломъ выражаетъ притязаніе на сервитутъ на вещь истца[13].

Цѣлью иска является признаніе свободы вещи отъ сервитута, возмѣщеніе убытковъ, происшедшихъ отъ дѣйствій отвѣтчика[14], и обезпеченіе отъ дальнѣйшихъ нарушеній (cautio de non amplius turbando)[15].

Споренъ вопросъ объ onus probandi при этомъ искѣ: долженъ ли истецъ помимо доказательства своего права собственности доказывать и свободу этой собственности отъ сервитута, т.-е. несуществованіе сервитутнаго права отвѣтчика? Господствующее мнѣніе требуетъ отъ истца только доказательства права собственности и предоставляетъ отвѣтчику доказывать существованіе серви-

---

[4] L. 1 § 4 D. 43, 25. Ср. L. 1 pr. D. 7, 6. *Windscheid* § 217 пр. 6. *Dernburg* I § 255 пр. 9. О публиціановскомъ владѣльцѣ см. *Windscheid* § 217 пр. 7. *Dernburg* I § 255 пр. 10.

[5] L. 5 § 5 D. 7, 6.

[6] L. 10 § 1 D. 8, 5. Ср. o servitus oneris ferendi L. 6 § 3 D. 8, 5. O ficti possessores см. L. 6 D. 7, 6.

[7] L. 5 § 3 D. 7, 6. L. 4 § 2 L. 6 § 6 D. 8, 5. L. 5 C. 3, 34.

[8] L. 7 D. 8, 5. L. 5 § 6 (7) D. 7, 6.

[9] О формулахъ иска см. *Lenel* l. c. *Dernburg* § 256 пр. 4.

[10] L. 2 pr. D. 8, 5... negatoria domino qui negat...

[11] L. 5 pr. D. 7, 6. Объ искахъ сособственниковъ см. L. 6 § 4 D. 8, 5. *Dernburg* I § 256 пр. 8.

[12] *Dernburg* I § 256 пр. 9.

[13] L. 14 pr. D. 8, 5. *Windscheid* § 189. пр. 9. *Dernburg* § 256 пр. 10.

[14] L. 14 pr. D. 8, 5. L. 4 § 2 D. 8, 5. *Dernburg* I § 256 пр. 13. *Windscheid* § 198 пр. 2—5.

[15] L. 12 D. 8, 5.

тута. Это рѣшеніе наиболѣе цѣлесообразно, т. к. доказать несуществованіе сервитута, большею частью, практически затруднительно [16].

III. *Поссессорная защита сервитутовъ.* Владѣніе нѣкоторыми сервитутами пользуется поссессорной защитой, т.-е. защищается, какъ таковое, независимо отъ вопроса о правѣ на сервитутъ лица, владѣющаго сервитутомъ. Поссессорныя средства различны для разныхъ сервитутовъ.

a) Владѣніе *узуфруктомъ*, а также правомъ на *emphyteusis* и *superficies* (см. §§ 37—39) защищается интердиктами, созданными по аналогіи съ тѣми интердиктами, которыми защищается владѣніе вещами, т.-е. interd. uti possidetis utile [17] и interd. unde vi utile [18].

b) Владѣніе *дорожными сервитутами* защищается посредствомъ interd. de itinere actuque privato. Условіями этого интердикта являются: пользованіе дорогой въ теченіе, по крайней мѣрѣ, тридцати дней послѣдняго года nec vi nec clam nec precario ab adversario [19], и протестъ противъ дальнѣйшаго пользованія словомъ или дѣломъ со стороны отвѣтчика [20]. Вопросъ о правѣ на пользованіе дорогой не возбуждается [21].

c) Владѣніе *сервитутомъ водопровода* защищается путемъ interd. de aqua cottidiana et aestiva. Условіемъ служитъ хотя-бы однократное пользованіе водопроводомъ въ теченіе послѣдняго года [22] nec vi nec clam nec precario ab adversario, при томъ bona fide [23]. Подобнымъ же образомъ защищается владѣніе сервитутомъ *черпанія воды*—interd. de fonte [24]. Interdictum de rivis обезпечиваетъ при подобныхъ условіяхъ возможность безпрепятственнаго *ремонта* водопровода [25].

d) Если черезъ чужой участокъ проложена *клоака* для стока нечистотъ, то ее можно безпрепятственно чистить и ремонтировать, даже если пользованіе самой клоакой совершалось vi clam precario—interdictum de cloacis. Эта уступка фактическому владѣльцу сдѣлана въ виду того, что очистка клоакъ необходима въ интересахъ общаго блага [26].

Глава V. Эмфитевзисъ и суперфицій.

§ 37. Общія замѣчанія.

I. Эмфитевзисъ и суперфицій представляютъ вещныя права пользованія чужой землей или зданіемъ. Въ этомъ они сходны съ сервитутами, которые также являются правами пользованія чужой вещью. Но существенное *раз-*

---

[16] Источники: L. 5 pr. D. 7, 6. L. 8 § 3 D. 8, 5. L. 15 D. 39, 1. Изложеніе контроверсы: *Dernburg* I § 256 in f. *Windscheid* § 198 пр. 15—16.

[17] L. 4 D. 43, 17. Fr. Vat. 90. *Lenel*, ed perp. § 245, 3. — При superficies дается особый interd. de superficiebus, вполнѣ аналогичный съ interd. uti possidetis L. 1 pr. § 2 D. 43, 18.

[18] L. 1 § 5 L. 3 § 13 D. 43, 16. Fr. Vat. 91. *Lenel* § 245, 3.

[19] L. 1 § 2 D. 43, 19.

[20] L. 3 § 3. 5 D. 43, 19.

[21] L. 1 § 2 D. 43, 19.

[22] L. 1 pr. § 3. 4. 22. 29—36 D. 43, 20. L. 6 D. eod.

[23] L. 1 § 10. 19 D. 43, 20.

[24] Dig. 43, 22.

[25] Dig. 43, 21.

[26] L. 1 § 7 D. 43, 23.

личіе между сервитутами и этими видами правъ на чужую вещь состоитъ въ томъ, что сервитуты весьма ограничены или по объему власти (предіальные сервитуты), или по своей продолжительности и личному характеру (личные сервитуты), и что по сравненію съ правомъ собственности на вещь они имѣютъ второстепенное значеніе; напротивъ, emphyteusis и superficies—права съ широкимъ содержаніемъ, которыя переходятъ къ наслѣдникамъ и отчуждаемы. Въ виду этого право собственности на вещь, подлежащую этимъ правамъ пользованія, получаетъ второстепенное значеніе. Права суперфиціара и эмфитевты такъ широки, что почти вполнѣ заслоняютъ собою право собственности. Тѣмъ не менѣе *собственность* не вытѣсняется вполнѣ и этими правами [1]; Она сохраняетъ значеніе уже потому, что по уничтоженіи emphyteusis и superficies *вещь не становится безхозяйной*: право собственности на нее оживаетъ во всемъ объемѣ (выше § 1, III).

II. Какъ emphyteusis, такъ и superficies возникли первоначально по отношенію къ землямъ государства, городскихъ общинъ и храмовъ [2]. Чтобы извлечь изъ этихъ земель наибольшую выгоду, ихъ сдавали для земледѣлія или подъ выстройку въ долгосрочную аренду. Такая долгосрочная аренда зданія на чужой землѣ называлась superficies [3].

Земля, отданная въ долгосрочную аренду называлась въ классическую эпоху ager vectigalis, ager in perpetuum locatus [4]; въ послѣ-классическую эпоху появился новый видъ—emphyteusis [5]. Съ теченіемъ времени права суперфиціара и долгосрочнаго арендатора земли обратились въ вещныя права, такъ какъ преторъ сталъ давать этимъ лицамъ вещные иски для защиты ихъ пользованія домами или землею. Уже въ классическую эпоху superficies и jus in agro vectigali стали примѣняться и къ частнымъ землямъ. Юстиніанъ слилъ въ одинъ институтъ emphyteusis и ager vectigalis [6]. Такимъ образомъ, въ юстиніановомъ правѣ мы имѣемъ два вида вещныхъ правъ пользованія чужой вещью съ очень широкимъ содержаніемъ: superficies и emphyteusis.

§ 38. Эмфитевзисъ.

I. Emphyteuta имѣетъ право долгосрочнаго пользованія чужимъ земельнымъ участкомъ, и при этомъ не поставленъ въ такія узкія границы, какъ узуфруктуаръ; онъ можетъ измѣнять характеръ участка, но не долженъ его ухудшать; онъ вообще обязанъ поддерживать участокъ въ хорошемъ состоя-

---

[1] Источники прямо говорятъ, что ни эмфитевта, ни суперфиціаръ собственниками вещи не являются. L. 1 C. 4, 66. L. 1 § 1 D. 6, 3. L. 3 § 4 D 27, 9. L. 71 § 5. 6 D. 30 L. 86 § 4 D. eod L. 19 pr. D. 39, 2. L. 2 D. 43, 18. L. 49 D. 50, 16. L. 10 D. 10, 2. Ср. L. 1 pr. D. 13, 3.—О средневѣковомъ раздѣленіи dominium directum и dominium utile см. *Windcheid*, § 169a пр. 9. *Dernburg* I § 258 пр. 14.

[2] Объ исторіи ager vectigalis и emphyteusis ср. *Beaudouin*, les grands domaines dans l'empire romain. 1899 г., стр. 238 слл. *Хвостовъ*, op. cit. § 71; § 102, II. Ср. *Mitteis* Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum (1901).—*Seeck* Zeitschr. f. Social und Wirtschaftsgeschichte т. VI.—*Leonhard* въ Pauly Wissowa, Realencyclopaedie (1905).

[3] L. 32 D. 18, 1 Front de aq. 2, 118. Aedificium Puteolanum (*Bruns*, Fontes стр. 303). Aedificium post columnam divi Marci (*Bruns*, ibid.).

[4] L. 1 D. 6, 3. Gai 3, 145. Hyginus p. 116. Sic. Flaccus 162, 20.

[5] L. 3 § 4 D. 27, 9. Этотъ видъ аренды возникъ относительно еще некультированныхъ земель, откуда и названіе его.

[6] Rubr. Dig. 6, 3. L. 15 § 1 D. 2, 8 (интерпол.). *Dernburg* I § 258 пр. 11.

ніи [1]. Плоды онъ пріобрѣтаетъ въ собственность съ момента separatio [2]. Его право переходитъ по наслѣдству [3]. Онъ можетъ также отчуждать его inter vivos и mortis causa [4], обременять сервитутами [5] и закладывать [6]. Но его право на *отчужденіе* ограничено слѣдующими условіями: эмфитевта обязанъ извѣщать собственника о своемъ намѣреніи отчудить участокъ и послѣдній въ теченіе двухъ мѣсяцевъ можетъ воспользоваться правомъ преимущественной покупки. Вообще, при всякомъ отчужденіи собственникъ можетъ взыскать въ свою пользу съ эмфитевты 2 % покупной платы или цѣны эмфитевзиса [7]. Эмфитевта обязанъ уплачивать собственнику установленную *плату*, чиншъ (canon, pensio, vectigal) [8] и несетъ государственную земельную подать [9]. Нѣкоторые изслѣдователи (напримѣръ, Виндшейдъ) [10] не считаютъ это вознагражденіе существеннымъ признакомъ института [11]. Если эмфитевта не внесъ платы въ теченіе трехъ лѣтъ (а при арендѣ церковныхъ земель—двухъ) [12], то онъ лишается своего права [13].

II. *Защищаетъ* свое право эмфитевта вещными исками, аналогичными съ исками собственника (utilis rei petitio [14], utilis confessoria [15] и utilis negatoria actio [16]). Кромѣ того, онъ имѣетъ juris quasi possessio и для ея защиты интердикты, аналогичные съ int. unde vi и uti possidetis [17] (нѣкоторые, напр. Дернбургъ, признаютъ за нимъ даже юридическое владѣніе вещью) [18].

III. Emphyteusis примѣнима только къ *недвижимостямъ* и при томъ преимущественно къ сельскимъ участкамъ. *Установляется* emphyteusis *по договору* между собственникомъ земли и эмфитевтой; традиціи, повидимому, не требовалось [19]. О природѣ этого договора юристы долго спорили: одни считали его договоромъ найма и находили возможнымъ признать за эмфитевтой право на сбавку арендной платы въ случаѣ уменьшенія участка или полнаго неурожая, какая была установлена вообще для арендаторовъ; другіе видѣли въ этомъ договорѣ куплю-продажу и соотвѣтственно съ этимъ весь рискъ возлагали на эмфитевту, какъ на покупателя [20]. Императоръ Зенонъ рѣшилъ споръ въ томъ смыслѣ, что здѣсь нѣтъ ни аренды, ни купли, а имѣется особый договоръ: *contractus emphyteuticarius*; вопросъ о возможности требовать пониженія платы былъ при этомъ рѣшенъ не въ пользу эмфитевты [21].

---

1 Nov. 7 c. 3 § 2. Nov. 120 c. 8.
2 L. 25 § 1 D. 22, 1.
3 § 3 J. 3, 24. L. 1 pr. D. 6, 3.
4 § 3 J. 3, 24. L. 1 pr. D. 6, 3. L. 71 § 6 D. 30.
5 L. 1 pr. D. 7, 4. *Windscheid* § 219 пр. 8.
6 L. 16 § 2 D. 13, 7.
7 L. 3 C. 4, 66.
8 § 3 J. 3, 24. L. 1 pr. L. 2 D. 6, 3. L. 2 § 1 C. 4, 66. L. 3 § 3 C. eod. О конструкціи см. *Windscheid* § 220 пр. 3. *Dernburg*, I § 259 пр. 16.
9 L. 2 C. 4. 66.
10 *Windscheid* § 220 пр. 3.
11 Противъ этого см. *Wendt* Pand. § 156, 2.
12 Nov. 7 c. 3 § 2 Nov. 120 c. 8
13 L. 2 C. 4, 66. Такое же значеніе имѣетъ 3-хъ лѣтній невзносъ государств. податей.
14 L. 1 § 1 D. 6, 3.
15 L. 16 D. 8, 1.
16 A. publiciana in rem utilis, L. 12 § 2 D. 6, 2.
17 L. 15 § 1 D. 2, 8.
18 *Dernburg* I § 260 пр. 9. Ср. выше § 36, III, a.
19 *Windscheid* § 221 пр. 3. *Wendt* § 156, 3. Иначе *Dernburg* I § 260 пр. 5.
20 Gai 3, 145. L. 15 § 4 D. 19, 2. *Dernburg* I § 258 пр. 9.
21 L. 1 C. 4, 66. (a. 476—484). § 3 J. 3, 24.

Возможно также пріобрѣсти эмфитевзисъ *по давности*[22]. Уже установленная emphyteusis также можетъ быть пріобрѣтена по давности. *Передачи* ея inter vivos изъ рукъ въ руки совершалась посредствомъ traditio[23].

IV. *Прекращается* эмфитевзисъ, помимо общихъ способовъ прекращенія вещныхъ правъ, еще въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Когда собственность и эмфитевзисъ соединятся въ одномъ лицѣ.

2) Если эмфитевта откажется отъ своего права и собственникъ приметъ этотъ отказъ. Односторонній отказъ отъ права - derelictio—едва ли имѣлъ силу: на эмфитевтѣ лежала обязанность платить подати съ участка; а такъ какъ подати въ провинціяхъ были очень тяжелы, то эмфитевзисъ давалъ часто мало выгоды; поэтому соблазнъ отказаться отъ эмфитевзиса былъ великъ, и римское правительство едва ли относилось благосклонно къ одностороннему отказу, который могъ привести къ запустѣнію земли, съ которой платилась подать[24].

3) Эмфитевта лишается своего права *въ наказаніе*: a) въ случаѣ ухудшенія имъ участка[25]; b) въ случаѣ невзноса въ теченіе трехъ лѣтъ (а при эмфитевзисѣ на церковныя земли—двухъ лѣтъ) канона или государственныхъ податей[26]; c) въ случаѣ отчужденія эмфитевтой своего права безъ соблюденія указанныхъ выше обязанностей[27].

§ 39. Суперфицій.

I. Нельзя имѣть права собственности на строеніе, не имѣя права собственности на землю, на которой оно стоитъ: домъ, по римскому воззрѣнію, есть составная часть почвы; онъ не можетъ быть объектомъ самостоятельныхъ правъ и принадлежитъ собственнику земли—(superficies solo cedit). Но римское право знаетъ такое *вещное право пользованія чужой землей, которое даетъ возможность наслѣдственно обладать на чужой землѣ зданіемъ*[1] *и передавать это обладаніе другимъ лицамъ*.

Наслѣдственное и отчуждаемое право пользованія зданіемъ, построеннымъ на чужой землѣ, получившее вещную защиту, называется superficies.

II. Суперфиціаръ имѣетъ широкое *право пользованія зданіемъ;* онъ можетъ даже разрушить его[2]. Онъ переноситъ свое право на наслѣдниковъ[3], можетъ его отчуждать mortis causa[4] и inter vivos[5] и закладывать[6]. Онъ

---

[22] *Dernburg* I § 260 пр. 6 *Windscheid* § 221 пр. 6. Ср. *Wendt* § 156, 3.

[23] *Windscheid* § 221 пр. 11. Иначе *Wendt* § 156, 3.

[24] См. *Arnold*, Kultur und Recht d. Römer, стр. 210. *Windscheid* § 222 пр. 3. Иначе *Dernburg* I § 260 пр. 25.

[25] Nov. 120 c. 8 *Windscheid* § 222 пр. 6. *Dernburg* I 260 пр. 16.

[26] L. 3 C. 4, 66. Nov. 7 c. 3 § 2. Nov. 120 c. 8 См. выше.

[27] L. 3 i. f. C. 4, 66.

[1] Или частью зданія L. 3 § 7 D. 43, 17. Суперфицій возможенъ какъ относительно существующаго уже зданія, такъ и относительно такого, которое еще должно быть выстроено. По gemeines Recht суперфицій возможенъ не только относительно зданій, но и относительно других объектовъ, связанныхъ съ землей, (деревья, желѣзныя дороги). *Dernburg* I § 259 пр. 5 и 6. *Windscheid* § 223 пр. 19—20.

[2] Матеріалы, оставшіеся по разрушеніи, остаются въ собственности суперфиціара. *Dernburg* I § 259 пр. 15.

[3] L. 10 D. 10, 2.

[4] L. 1 § 7 D. 43, 18.

[5] L. 12 § 3 D. 6, 2.

[6] L. 16 § 2 D. 13, 7.

можетъ обременять участокъ сервитутами, которые сохраняютъ силу въ продолженіе существованія самого суперфиціарнаго права [7].

III. Для *защиты* своего права онъ пользуется вещными исками, подобными искамъ собственника [8]; кромѣ того, онъ имѣетъ juris quasi possessio и интердикты, по аналогіи съ interdicta uti possidetis [9] и unde vi [10].

IV. Съ другой стороны, онъ *обязанъ* нести всѣ расходы по содержанію вещи [11] и вносить арендную плату собственнику (solarium, pensio) [12]. Но при отчужденіи права онъ не связанъ обязанностями, лежащими на эмфитевтѣ.

V. *Устанавливается* superficies по договору [13], завѣщанію и давности [14]. *Передается* уже существующая superficies посредствомъ traditio [15].

VI. *Уничтожается* superficies такъ же, какъ emphyteusis; но здѣсь нѣтъ потери права въ наказаніе [16]; если зданіе разрушено, то за суперфиціаромъ можетъ остаться право возвести новое зданіе: это зависитъ отъ содержанія акта, которымъ было установлено суперфиціарное право [17].

---

7 L. 1 § 6 D. 43, 18. Пріобрѣтеніе сервитутовъ: L. 1 § 9 D. 43, 18.

8 L. 1 pr. D. 43, 18. O causae cognitio см. *Dernburg* I § 258 пр. 4. Rei vind. utilis L. 73 § 1 L. 75 D. 6, 1; a. confessoria utilis: L. 1 § 6 D. 43, 18; public. in rem utilis L. 12 § 3 D. 6, 2; exceptio противъ rei vind. собственника: L. 1 § 4 D. 43, 18.

9 Interd. de superficiebus. L. 1 pr. § 2 D. 43, 18.

10 L. 1 § 5 D. 43, 16. *Dernburg* I § 259 пр. 12 принимаетъ и здѣсь владѣніе вещью, а не правомъ. Ср. выше § 36, III, a.

11 Подати: *Dernburg* I § 259 пр. 17. *Windscheid* § 223 пр. 10.

12 *Windscheid* § 223 пр. 11. Такъ и *Wendt* § 157 пр. 2. Противъ этого *Girard*, стр. 382 пр. 6 на основаніи L. 74 D. 6, 1. L. 2 D. 43, 18. Aedif. Puteolanum у *Bruns*, Fontes стр. 303. Ср. *Dernburg* I § 259 пр. 2.

13 *Windscheid* § 223 пр. 12. *Girard* стр. 382 пр. 5. Ср. однако *Dernburg* I § 259 пр. 8.

14 *Dernburg* I § 259 пр. 10. *Windscheid* § 223 пр. 14.

15 L. 1 § 7 D. 43, 18. Легатъ, давность: *Dernburg* I § 259 пр. 11.

16 *Windscheid* § 223 пр. 17.

17 *Windscheid* § 223 пр. 18. *Dernburg* I § 259 пр. 19.

ОТДѢЛЪ IV.

Залоговое право.

Глава I. Существо, объектъ, возникновеніе, залогового права.

§ 40. Общее опредѣленіе *). Историческія замѣчанія.

I. Огромное значеніе въ народномъ хозяйствѣ, особенно въ эпоху денежнаго хозяйства, играетъ кредитъ. Подъ этимъ именемъ въ *политической экономіи* разумѣется такого рода отношеніе между нѣсколькими участниками оборота, въ силу котораго одинъ изъ нихъ на основаніи произведеннаго уже съ его стороны предоставленія (передачи имущества, предоставленія услугъ) можетъ требовать отъ другого эквивалента, обоснованнаго этимъ предоставленіемъ [1].

Различается два вида кредита, смотря по тому, какими средствами кредитъ обезпечивается: кредитъ личный и реальный. Каждая кредитная сдѣлка обусловлена довѣріемъ кредитующаго лица къ кредитуемому; отсюда и происходитъ самое названіе кредита. Кредитующій долженъ быть увѣренъ въ томъ, что онъ получитъ ожидаемый эквивалентъ отъ лица, которому онъ оказалъ кредитъ. Эта увѣренность иногда коренится въ довѣріи къ личности кредитуемаго: кредитъ оказывается этому лицу во вниманіе къ его общему хозяйственному положенію; гарантіей въ этомъ случаѣ служитъ все имущество должника въ томъ объемѣ, какой оно будетъ имѣть къ моменту реализаціи кредитной сдѣлки. Такого рода кредитъ называется *личнымъ кредитомъ*. Съ *юридической* точки зрѣнія, главной формой личнаго кредита служитъ установленіе обязательственнаго отношенія. Не всѣмъ обязательствамъ отвѣчаетъ, конечно, данное выше экономическое опредѣленіе кредита; подъ это опредѣленіе, строго говоря, подходятъ только такъ называемыя кредитныя сдѣлки [2]. Но въ болѣе широкомъ смыслѣ слова можно сказать, что въ

*) Въ отдѣлъ о залоговомъ правѣ внесены лишь небольшія редакціонныя измѣненія, хотя редакторъ этого изданія не раздѣляетъ взгляда проф. В. М. Хвостова на обязательственный характеръ залога. Но вносить принципіальныя измѣненія въ изложеніи не входило въ задачу редактора [прим. А. Вормса].

[1] *Philippovich*, Grundriss der Politischen Oekonomie. 3 изд. 1889 г., т. I, стр. 243.

[2] См. *Дернбургъ*, Обязательств. право § 1 пр. 10.

каждомъ обязательствѣ, даже не основанномъ на договорѣ, заключается элементъ кредитованія. „Обязательство имѣетъ въ виду будущее. Здѣсь всегда что-либо ожидается, при чемъ неизвѣстно, совершится ли оно или нѣтъ. Въ этомъ смыслѣ каждое обязательство заставляетъ насъ, иногда даже противъ своей воли, кредитовать, т.-е. вѣрить въ будущее исполненіе и ожидать его. Этимъ и объясняется общій всѣмъ, даже недоговорнымъ, обязательствамъ терминъ: „кредиторъ", „вѣритель" [3].

Личный кредитъ не всегда достаточно надеженъ. Должникъ по обязательству можетъ не оправдать оказаннаго ему довѣрія и не только не исполнить ожидаемаго отъ него дѣйствія, но и лишить кредитора возможности взыскать съ него убытки отъ неисполненія, если онъ растратитъ ко дню взысканія все свое имущество. Поэтому кредиторы часто нуждаются въ другихъ гарантіяхъ оказываемаго кредита, помимо личной отвѣтственности должника. Такой гарантіей можетъ служить *поручительство*, которое состоитъ въ томъ, что на ряду съ главнымъ должникомъ личную отвѣтственность за его долгъ принимаетъ на себя еще другое лицо—поручитель. Въ этомъ случаѣ къ одному личному обязательству присоединяется другое, подобное ему. Одинъ долгъ обезпечивается отвѣтственностью за него двухъ лицъ. У Римлянъ эта форма обезпеченія кредита была излюбленной [4].

Однако, рядомъ съ поручительствомъ уже у Римлянъ появляется, а въ современномъ оборотѣ занимаетъ первенствующее мѣсто другая форма обезпеченія: такъ назыв. *реальный кредитъ*. Онъ состоитъ въ томъ, что для обезпеченія исполненія долга изъ имущества извѣстнаго лица выдѣляется какой-либо опредѣленный объектъ. Этотъ объектъ долженъ доставить удовлетвореніе кредитору въ случаѣ, если оказанное должнику довѣріе не оправдается и не послѣдуетъ то дѣйствіе, которое обязанъ былъ произвести должникъ. Обезпеченіе, доставляемое реальнымъ кредитомъ, сравнительно съ личнымъ, состоитъ въ слѣдующемъ. Во-первыхъ, кредиторъ можетъ обратить на свое удовлетвореніе объектъ, обезпечивавшій долгъ, даже въ томъ случаѣ, если этотъ объектъ уже будетъ *отчужденъ* должникомъ. Во-вторыхъ, если объектъ, обезпечивающій долгъ, въ моментъ взысканія еще не отчужденъ должникомъ и находится въ его имуществѣ, то онъ опять таки обращается *преимущественно* на удовлетвореніе того кредитора, требованіе котораго обезпечено этимъ объектомъ. Кредиторы, оказавшіе должнику личный кредитъ, получаютъ удовлетвореніе изъ этого объекта лишь послѣ удовлетворенія того кредитора, чье требованіе было обезпечено имъ.

Объектомъ, обезпечивающимъ удовлетвореніе какого-либо требованія, можетъ быть любая часть имущества. L. 9 § 1 D. 20, 1 Gajus 9 ed. prov. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest. Для этой цѣли могутъ служить какъ тѣлесныя вещи, такъ и res incorporales, напр., обязательственныя права, сервитуты. *Залогомъ въ широкомъ смыслѣ именуется право на имущественный объектъ, изъ котораго можно получить удовлетвореніе въ случаѣ неисполненія должнаго дѣйствія*. Но о залогѣ, имѣющемъ своимъ предметомъ res incorporales, мы будемъ говорить впослѣдствіи (см. гл. III ниже).

Въ отличіе отъ этого широкаго пониманія термина залога, *залогомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова* называется залогъ, имѣющій своимъ предметомъ

---

[3] *Дернбургъ*, op. cit. § 1 пр. 8.
[4] *Dernburg*, Pfandrecht, т. 1, стр. 1—7.

тѣлесную вещь. Этотъ залогъ въ развитомъ римскомъ правѣ *даетъ кредитору возможность въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства истребовать заложенную вещь изъ рукъ всякаго владѣльца ея, продать ее и вырученную сумму обратить на удовлетвореніе своего требованія* [5].

Такой залогъ могъ устанавливаться только на ряду съ личнымъ обязательствомъ должника, исполненіе котораго онъ долженъ былъ обезпечивать. Залогъ—*акцессорное* право, которое существуетъ не само для себя, а для того, чтобы обезпечить удовлетвореніе кредитора по личному обязательству. Поэтому залогъ, по общему правилу, не могъ *возникнуть*, если за нимъ не стояло какое-либо обязательство; онъ *прекращался*, если это обязательство уничтожалось. Въ этомъ отношеніи римское залоговое право сходно съ поручительствомъ: подобно тому, какъ поручитель въ силу своего личнаго обязательства отвѣчаетъ за исполненіе долга главнымъ должникомъ, такъ и заложенная вещь отвѣчаетъ за исполненіе личнаго обязательства должникомъ. Кредиторъ по обязательству, обезпеченному залогомъ, имѣетъ два иска: одинъ искъ—изъ обязательства, обезпеченнаго залогомъ,—который предъявляется должнику по этому обязательству: другой искъ—изъ залогового права—предъявляется къ каждому владѣльцу заложенной вещи. Если вырученной отъ продажи заложенной вещи суммы не хватитъ на покрытіе долга, то въ распоряженіи кредитора остается искъ изъ личнаго обязательства къ должнику. Съ помощью этого иска кредиторъ можетъ обратить взысканіе на все имущество должника и такимъ путемъ добиться уплаты долга въ той части, которая не покрыта продажей залога (L. 10 C. 4, 10; см. § 45, VI ниже).

Однако, эту акцессорность залогового права не слѣдуетъ считать необходимой чертою залога по существу. *Залоговое право мыслимо и безъ акцессорности*, т.-е. оно можетъ существовать само по себѣ, не имѣя рядомъ съ собою личнаго обязательства. Хотя римскіе юристы и провозглашали, въ видѣ общаго принципа, положеніе объ акцессорности залогового права [6], они все же допускали отступленія отъ этого принципа. Именно, они допускали, что залогъ, возникши въ подкрѣпленіе какого-либо личнаго обязательства, можетъ продолжать свое существованіе даже послѣ полнаго погашенія этого обязательства [7]; далѣе, они допускали, что залоговое право, установленное въ обезпеченіе одного долга, можетъ по погашеніи этого долга переходить къ другому кредитору и обезпечивать другой долгъ (случаи такъ наз. ипотечнаго преемства: § 47); они считали возможнымъ, наконецъ, чтобы собственникъ вещи сохранялъ залоговое право на собственную вещь, когда это право не стоитъ въ связи съ какимъ-либо личнымъ обязательствомъ [8]. Еще дальше пошло современное право. Новое гражданское уложеніе Германской Имперіи знаетъ, помимо такъ наз. ипотеки собственника, зачатки кото-

---

[5] Въ русской литературѣ о римскомъ залоговомъ правѣ см. *Дыдынскій*. Залогъ по римскому праву 1872 г. *Соповъ*. Ипотека по римскому праву и по новѣйшимъ законодательствамъ 1889 г. *Минервинъ*, Исходные моменты залогового права. 1874 г.

[6] L. 43 D. 46, 3 и другіе источники, указанные въ § 41 ниже.

[7] См. § 41, III.

[8] L. 61 (59) pr. D. 36, 1. L. 17. D. 20, 4. О послѣднемъ случаѣ см. ниже § 47, 4; см. также § 48, II, 4. И это залоговое право можетъ перейти на другого кредитора (jus offerendi) и повести къ продажѣ заложенной вещи *Windscheid* § 248 прим. 29. *Dernburg* Pand. I § 290 пр. 10. *Brinz*, Pand. II стр. 804 пр. 31.

рой могутъ быть обнаружены и въ римскомъ правѣ[9], еще такъ называемую *Grundschuld*, римскому праву совершенно неизвѣстную. Эта форма залога состоитъ въ томъ, что кредиторъ съ самаго начала получаетъ только залоговое право на извѣстный земельный участокъ, не сопровождаемое никакимъ обязательственнымъ правомъ требованія личнаго характера. Онъ можетъ требовать отъ всякаго обладателя заложенной недвижимости извѣстнаго предоставленія подъ страхомъ продажи участка; но въ случаѣ неполнаго удовлетворенія изъ продажи участка кредиторъ не имѣетъ ни къ кому особаго личнаго иска[10].

Хотя, так. обр., новое залоговое право развилось шире, чѣмъ римское, тѣмъ не менѣе мы полагаемъ, что принципіальнаго различія между тѣмъ и другимъ нѣтъ[11]; особенности новѣйшаго залогового права, сказывающіяся въ допущеніи самостоятельнаго, неакцессорнаго залога, въ зачаткахъ извѣстны уже римскому праву. Если римскій залогъ принципіально не отличается отъ современнаго германскаго, то и конструкція залогового права должна быть одна и та же для залога римскаго и новѣйшаго.

II. Спрашивается, какова же правильная *конструкція залогового права*? Что представляетъ изъ себя залогъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, залогъ, имѣющій своимъ предметомъ тѣлесную вещь?

Для рѣшенія этого вопроса нужно опредѣлить: есть ли залогъ право *вещное* или право *обязательственное*? Вопросъ этотъ споренъ въ литературѣ, и заслуживаетъ особаго разсмотрѣнія.

По мнѣнію, которое до сихъ поръ господствуетъ въ литературѣ, залоговое право есть право вещное, одинъ изъ видовъ jura in re aliena. Главной опорой этого воззрѣнія является то обстоятельство, что залоговое право, подобно другимъ вещнымъ правамъ, пользуется *абсолютной* защитой. Залоговый кредиторъ имѣетъ искъ (т. наз. actio hypothecaria или quasi Serviana) противъ всякаго держателя заложенной вещи о выдачѣ ему этой вещи для продажи въ цѣляхъ погашенія долга, обезпеченнаго залогомъ; этотъ искъ сходенъ съ rei vindicatio, actio confessoria и другими вещными исками, а потому и залоговое право prima facie представляется правомъ вещнымъ.

Болѣе внимательное разсмотрѣніе вопроса возбуждаетъ, однако, сомнѣнія въ правильности такого воззрѣнія на залогъ. Вещныя права имѣютъ еще другія, общія имъ всѣмъ свойства, которыхъ мы не находимъ въ залогѣ. И собственность, и сервитуты, и другія имъ подобныя jura in re aliena предоставляетъ своему субъекту возможность длительнаго господства надъ вещью, которое съ начала до конца имѣетъ одинъ и тотъ же характеръ, отличается, такъ сказать, равномѣрностью; сверхъ того, эти права по большей части[12] предоставляютъ своему субъекту возможность продолжительнаго непосредственнаго (т.-е. безъ посредства какого-либо иного лица) воздѣйствія на

---

[9] Въ современномъ правѣ эти слабые зачатки римскаго права измѣнились до неузнаваемости: подъ вліяніемъ германско-правовыхъ идей здѣсь развился совершенно самостоятельный институтъ. См. Герм. гр. ул. § 1163, 1168, 1170, 1177, §§ 1196—1197. *Cosack*. Lehrbuch d. deutsch. bürg. R. т. II § 225. *Dernburg*, das bürg. R. т. III § 217—220.

[10] Герм. гр. ул. §§ 1191 слл. *Cosack*, op. cit. § 222. II. *Dernburg*, op. cit. § 245. *Puntschart* въ монографіи, указанной ниже въ прим. 30. О русскомъ залогѣ см. ниже § 45, VII.

[11] Такъ и *Cosack*, op. cit. § 221, III. Ср. также *Brinz* II стр. 841—844. Иначе, повидимому, смотритъ на дѣло *Windscheid* § 225 пр. 18.

[12] Не всегда, впрочемъ: ср. напр. servitus altius non tollendi.

вещь. Между тѣмъ, при залогѣ нѣтъ именно этого длительнаго, равномѣрнаго и непосредственнаго воздѣйствія субъекта права на вещь. Здѣсь право кредитора сводится къ тому, что онъ можетъ воспользоваться вещью только при неуплатѣ долга, за который эта вещь отвѣчаетъ. Господство кредитора надъ вещью, если даже признать наличность таковаго, не имѣетъ характера равномѣрнаго воздѣйствія: во время существованія долга оно приводитъ только къ извѣстной связанности вещи; уплатой долга связанность эта уничтожается: подобнаго явленія мы не наблюдаемъ при вещныхъ правахъ. При неуплатѣ долга господство кредитора реализуется въ извѣстномъ распоряженіи вещью: она или поступаетъ въ собственность кредитора [13], или же продается для удовлетворенія послѣдняго [14]. Въ этихъ отношеніяхъ право залогового кредитора на заложенную вещь весьма сходно съ правомъ обязательственнымъ: при обязательствѣ также власть кредитора сказывается въ извѣстной связанности должника, разрѣшающейся затѣмъ въ формѣ понудительнаго исполненія; послѣднее затрогиваетъ личную или имущественную сферу должника и имѣетъ своей цѣлью матеріальное удовлетвореніе кредитора.

Эти черты, свойственныя римскому залогу, какъ и всякому другому, уже съ давнихъ поръ заставляли ученыхъ задумываться надъ его конструкціей. Еще въ 1833 г. *Büchel* [15], а затѣмъ въ 1836 г. *Sintenis* [16] выступили въ защиту положенія, что римскій залогъ право не вещное, а обязательственное [17]. Они опирались, главнымъ образомъ, на слѣдующія соображенія: 1) Залогъ, такъ же, какъ и обязательство, исчерпывается искомъ и безъ этого иска немыслимъ (L. 27 D. 9, 4). 2) Залогъ не даетъ возможности длительно воздѣйствовать на вещь, и поэтому къ нему непримѣнимо создавшееся для jura in re aliena понятіе juris quasi possessio (см. выше § 33, II); вслѣдствіе этого невозможно также пріобрѣтеніе залогового права по давности. 3) Залогъ, въ отличіе отъ вещныхъ правъ, возникаетъ у Римлянъ на основаніи простого соглашенія (ср. L. 20 C. 2, 3). 4) Источники прямо называютъ залоговое отношеніе именемъ „obligatio rei“ (L. 5 § 2 L. 11 D. 20, 6. L. 3 § 1 D. 27, 9; они говорятъ о залогѣ: „pignus contrahitur“ (tit. Dig. 20, 1 и 2), и постоянно употребляютъ выраженіе „res pignori nexa, obstricta, obnoxia, res pignori или pignoris jure tenetur, pignus liberare, luere, solvere, dissolvere“ [18].

Этихъ соображеній, однако, недостаточно для того, чтобы обосновать обязательственный характеръ залогового права. Прежде всего, не было дано единаго отвѣта на вопросъ: кто является должникомъ по обязательству, которое содержится въ залоговомъ правѣ? Одни изслѣдователи (*Büchel*) должникомъ считали самую заложенную вещь, не поясняя при этомъ, какимъ образомъ лишенный воли предметъ можетъ быть должникомъ по обязательству. Другіе (*Sintenis*) признавали должникомъ всякаго держателя вещи, не давая, однако, удовлетворительнаго объясненія такого юридическаго явленія. Не было показано далѣе, почему залогъ, если онъ право обязательственное,

---

[13] По римскому праву это бываетъ очень рѣдко (dominii impetratio см. § 45, VII); по древнегерманскому праву это—нормальное послѣдствіе т. наз. Verfallpfand.

[14] Продажа можетъ быть судебная и внѣсудебная; римское право держалось послѣдней формы.

[15] Civilrechtliche Erörterungen, I, 2.

[16] Pfandrecht. См. также его das gemeine praktische Civilrecht, т. I § 67.

[17] Съ колебаніемъ высказывается объ этомъ вопросѣ *Vangerow* I § 363 пр. 2.

[18] См. цитаты у *Büchel* l. c., стр. 27 слл. *Windscheid* I § 224 пр. 6.

приводитъ къ возникновенію такого тѣснаго отношенія между кредиторомъ и заложенной вещью, что оно оказывается болѣе сильнымъ, нежели установленныя позже на ту же вещь jura in re (напр., узуфруктъ); между тѣмъ источники, въ виду именно этого свойства залога, прямо называютъ его jus in re (L. 19 pr. D. 39, 2. L. 30 D. 9, 4). Не объяснено, почему при залогѣ коллизія кредиторовъ разрѣшается по принципу старшинства (см. ниже § 46), чего не бываетъ при коллизіи обязательствъ (см. объ actio noxalis in rem scripta L. 14 pr. D. 9, 4). Всѣ эти возраженія были выставлены Дернбургомъ въ защиту вещнаго характера римскаго залога [19]. Другой ученый—Колеръ—указываетъ еще [20] на то, что залогъ не уничтожается, если заложенная вещь становится res nullius, что будто бы противорѣчитъ его обязательственному характеру.—Съ другой стороны, пытались ослабить силу аргументовъ, приведенныхъ защитниками обязательственной природы залога; такъ, относительно выраженія источниковъ „obligatio rei" было замѣчено, что „obligare, obligatio" у Римлянъ не означаютъ непремѣнно обязательственнаго отношенія, а указываютъ вообще на юридическую связанность, которая можетъ быть послѣдствіемъ также вещнаго права.

Однако, эти возраженія не исчерпываютъ поставленнаго вопроса. Особенное затрудненіе для сторонниковъ вещнаго характера залога представляли и до сихъ поръ представляютъ тѣ случаи римскаго и современнаго залога, когда залоговое право продолжаетъ оставаться въ силѣ послѣ погашенія существовавшаго рядомъ съ нимъ личнаго обязательства или, когда оно, въ видѣ Grundschuld, даже съ самаго начала возникаетъ, не опираясь на личное обязательство. Вѣдь и въ этихъ случаяхъ залогъ сводится къ связанности вещи, которая *прекращается черезъ уплату*, сдѣланную кредитору, или черезъ продажу вещи для удовлетворенія кредитора. Если при залогѣ, обезпечивающемъ какое-либо личное обязательство, мы можемъ отнести эту уплату именно на счетъ обязательства, обезпеченнаго залогомъ, то, спрашивается, какъ объяснить возможность уплаты по залогу, рядомъ съ которымъ не существуетъ обязательства? *Что погашается здѣсь уплатой?* Для удовлетворенія какого юридическаго притязанія продается здѣсь залогъ? Очевидно, въ *самомъ залогѣ* скрывается какое-то обязательственное право, во исполненіе котораго дѣлается уплата, производится продажа залога. Это обязательственное требованіе и служитъ юридическимъ титуломъ, causa для уплаты (т.-е. для предоставленія solvendi causa). Нельзя считать этотъ обязательственный элементъ залога только бытовымъ моментомъ [21], такъ какъ уплата нуждается не въ бытовомъ, а въ чисто юридическомъ основаніи, чтобы быть уплатою долга и въ этомъ качествѣ удерживаться получателемъ [22].

Въ виду этихъ соображеній, вопросъ о конструкціи залога продолжаетъ обсуждаться въ юридической литературѣ. Намъ кажется, что въ послѣднее

---

[19] *Dernburg*, Pfandrecht т. I (1860 г.) § 12 слл. Pandecten I § 262. Не является серьезнымъ аргументомъ замѣчаніе Дернбурга, что залоговый искъ у Римлянъ (a. hypothecaria) по своей формулѣ (см. *Lenel* ed. perp. § 267) направленъ на выдачу вещи, а не на уплату долга; за долгъ отвѣчаетъ при залогѣ именно вещь и одна только вещь; поэтому ея выдачи и домогается кредиторъ; до развитія права продажи самое держаніе вещи кредиторомъ было лишь средствомъ вынудить уплату долга. См. *Herzen*, Origine de l'hypothéque romaine (1899 г.) стр. 162 слл., стр. 202.

[20] *Kohler*, Pfandrechtliche Forschungen (1882 г.) стр. 53.

[21] Какъ это дѣлаетъ *Базановъ*. Происхожденіе современной ипотеки (1900 г.) стр. 374, 376 и др.

[22] См. Общ. ч. § 43.

время удалось подвинуть его къ окончательному рѣшенію. Рѣшеніе, думается, должно склониться въ пользу обязательственнаго характера залога, такъ какъ удалось разъяснить нѣкоторые затруднительные въ этомъ отношеніи пункты.

Правильное соображеніе по поводу того толкованія выраженія „obligatio rei", которое отстаивается сторонниками вещной природы залога, высказалъ еще Sintenis [23]. Онъ не оспариваетъ, что выраженіе „obligatio" могло бы, не указывая на обязательственный характеръ залога, обозначать только связанность вещи; но онъ обращаетъ вниманіе на то, что въ источникахъ, однако, оно прилагается обыкновенно *только* къ обязательствамъ и залогу, хотя въ указанномъ значеніи оно могло бы встрѣчаться рѣшительно при всякомъ юридическомъ отношеніи. Изъ этого Sintenis дѣлаетъ заключеніе, что источники, называя залогъ „obligatio rei", намекаютъ именно на его обязательственный характеръ.

Далѣе, на вопросъ о томъ, кто можетъ быть должникомъ при залогѣ, разсматриваемомъ въ качествѣ обязательственнаго права, отвѣтъ даетъ предложенная Беккеромъ конструкція правъ и обязанностей, непрямымъ образомъ связанныхъ съ своимъ субъектомъ. (Объ этомъ конструкціи см. въ Общей части § 12, II). Исходнымъ пунктомъ для Беккера служитъ римскій институтъ actiones in rem scriptae. Отправляясь отъ этой конструкціи, мы можемъ сказать, что при залоговомъ правѣ должникомъ по заключающемуся въ залогѣ обязательству является всякій держатель заложенной вещи. Вещь является тѣмъ медіумомъ, черезъ посредство котораго обязательство связывается съ своимъ должникомъ.

Наконецъ, происхожденіе тѣсной связи права кредитора съ опредѣленною вещью,—связи, приводящей къ тому, что залоговое право, будучи по существу обязательственнымъ, тѣмъ не менѣе перевѣшиваетъ позже установленныя вещныя права на ту же вещь, что коллизія кредиторовъ здѣсь разрѣшается по принципу старшинства, и т. д., выяснилъ *Бринцъ*. Его соображенія, въ связи съ только-что упомянутой конструкціей Беккера, думается, проливаютъ полный свѣтъ на существо залогового права.

Остановившись на отмѣченныхъ выше чертахъ залогового права, дѣлающихъ это право сходнымъ съ обязательствомъ, Бринцъ пришелъ къ убѣжденію къ необходимости подвергнуть болѣе глубокому анализу самое понятіе обязательства. Понятіе obligatio, по мнѣнію Бринца, слагается изъ двухъ элементовъ. Первымъ элементомъ является *Haftung—отвѣтственность*, состоящая въ томъ, что лицо (obligatio personae) или вещь (obligatio rei, т.-е. залогъ) предназначены служить кому-либо удовлетвореніемъ за что-либо; второй элементъ есть *Schuld* или *Verbindlichkeit*,—*долгъ* или *обязанность*, за которую установлена отвѣтственность лица или вещи (das, wofür gehaftet wird) и исполненіе которой уничтожаетъ отвѣтственность лица или вещи. Этотъ второй элементъ сводится къ обязанности предоставленія (*Leistung*) личныхъ услугъ (*Verbindlichkeit*) или же имущественной жертвы (*Schuld*) [24]. Возможность расторгнуть (lösen) отвѣтственность путемъ исполненія долга или обязанности составляетъ общую характерную черту какъ obligatio personae, такъ и obligatio rei [25]. По римскому праву obligatio rei для своего существованія

---

[23] *Sintenis* das gem. Civilrecht т. I стр. 620 прим.
[24] *Brinz*, Pand. II §§ 206 - 213.
[25] *Brinz* § 349.

предполагаетъ существованіе obligatio personae, является дополненіемъ, акцессіей къ послѣдней. Но принципіально это не необходимо: уже само римское право знало случаи, когда залогъ оставался въ силѣ послѣ полнаго уничтоженія личнаго обязательства, а современное право пошло еще дальше, создавъ Grundschuld, которая возникаетъ и существуетъ безъ личнаго обязательства, ради того долга, который заключается въ ней самой [26].

При obligatio personae первоначально, по римскому праву, отвѣтственность за долгъ выражалась въ томъ, что кредиторъ при неуплатѣ долга захватывалъ самое лицо должника (nexum). Послѣ lex Poetelia [27] и при obligatio personae за долгъ начинаетъ отвѣчать не лицо должника въ буквальномъ смыслѣ, а имущество должника (pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset) [28]. Но разница между залогомъ—obligatio rei—и личнымъ обязательствомъ — obligatio personae — сохранилась послѣ закона. Въ первомъ случаѣ—при залогѣ—личность должника опредѣляется обладаніемъ вещью, отвѣчающей за долгъ, а во второмъ — отвѣчающее за долгъ имущество опредѣляется принадлежностью его данному лицу—должнику по обязательству. При этомъ въ послѣднемъ случаѣ имущество должника можетъ отвѣчать за долгъ не все цѣликомъ, а лишь въ опредѣленной своей части (случаи т. наз. *ограниченной* отвѣтственности по обязательству, *beschränkte* persönliche Haftung) [29].

Если, такимъ образомъ, при залогѣ опредѣленная вещь отвѣчаетъ за исполненіе долга, заключающагося въ залогѣ, то это дѣлаетъ понятнымъ, почему при стеченіи нѣсколькихъ залоговыхъ кредиторовъ отдается предпочтеніе старшему изъ нихъ, а также, почему залоговое право оказывается сильнѣе позже установленныхъ вещныхъ правъ на ту же вещь: безъ этого спеціальная отвѣтственность именно данной заложенной вещи за долгъ стала бы иллюзорной. Такимъ образомъ, эти черты залога, помимо абсолютной защиты, наиболѣе сближающія залогъ съ вещными правами, оказываются совмѣстимыми съ обязательственнымъ характеромъ залога; что же касается абсолютнаго иска противъ всякаго держателя вещи, то онъ оправдывается описанной выше конструкціей Беккера.

Теорія Бринца находитъ себѣ много защитниковъ среди новѣйшихъ цивилистовъ [30].

По нашему мнѣнію залоговое право лучше всего можно опредѣлить слѣдующимъ образомъ: ***залогъ есть обязательственное право требованія, при которомъ личность должника, обязаннаго уплатить заключающійся въ залогѣ долгъ, опредѣляется держаніемъ заложенной вещи, а заложенная вещь является тѣмъ объектомъ, который въ той или иной формѣ***

---

[26] *Brinz* Pandecten § 348.

[27] См. о ней *Шулинъ*, Учебникъ ист. рим. пр. стр. 519. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 3, II, 1.

[28] Liv. 8, 28.

[29] *Brinz* § 208. *Schwind*, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes 1896 г. стр. 159—164. Новую попытку примѣнить понятіе obl. rei къ реконструкціи древне-римскаго обязат. права (договора nexum) дѣлаетъ *Schlossman*, Altrömisches Schuldrecht (1904 г.).

[30] См. напр. *Schwind* op. cit., особ. стр. 199—202. *Cosack*, Lehrb. d. deutschen bürg. R. § 221. Съ нѣкоторымъ колебаніемъ высказывается *Кассо*. Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ (1898 г.), гл. III. Близко къ Бринцу стоитъ *Bruns-Eck* въ Holtzendorff's. Encyklopädie, т. I (изд. 5-е), стр. 488 сл.; (изд. 6-е), стр. 353 сл. (die Hypothek ist eine Art dinglicher Wechsel). Въ этомъ же духѣ конструируетъ понятіе Grundschuld *Puntschart*, der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes (1900 г.), см. особ. стр. 117.

отвѣчаетъ за неуплату этого долга. Это обязательство (obl. rei) можетъ быть акцессорнымъ по отношенію къ какому-либо праву требованія (obl. personae), которое направлено противъ индивидуально опредѣленнаго лица и обезпечено личной отвѣтственностью должника. По римскому праву такая акцессорность необходима, по крайней мѣрѣ при возникновеніи, если не при дальнѣйшемъ существованіи залогового права. По современному же праву и по самому понятію залога[31] акцессорность эта не обязательна: залогъ можетъ возникать и существовать помимо личнаго обязательства.

Должникомъ по обязательству, заключающемуся въ самомъ залогѣ, является держатель заложенной вещи. Но бываютъ случаи, когда залоговое обязательство *временно не имѣетъ должника* и тѣмъ не менѣе не уничтожается въ виду того, что по нему удовлетворенія еще не послѣдовало. Это имѣетъ мѣсто, напримѣръ, въ упомянутыхъ выше (прим. 8; см. также ниже § 47, 4 и § 48, II, 4) случаяхъ, когда *собственникъ вещи сохраняетъ залоговое право на свою вещь* по погашеніи личнаго долга, обезпеченнаго залогомъ: сохраняя залоговое право, онъ обезпеченъ отъ опасности, что его вещь будетъ обращена на удовлетвореніе слѣдующихъ залоговыхъ кредиторовъ; но ниже стоящій кредиторъ можетъ уплатить ему извѣстную сумму съ тѣмъ, чтобы на него перешла obligatio rei старшаго кредитора; въ такомъ случаѣ вещь идетъ на его удовлетвореніе. Временное сохраненіе залогового обязательства, при отсутствіи должника по нему, представляетъ лишь частный случай того явленія, которое было охарактеризовано выше (Общ. ч. § 11, въ концѣ) какъ временная безсубъектность правъ и обязанностей (ср. Насл. пр. § 4 о hereditas jacens).—Возможны, далѣе, случаи, когда личное обязательство, обезпеченное залогомъ, уже погашено, но залогъ остается въ силѣ и заключающаяся въ немъ rei obligatio переходитъ къ новому кредитору. Это имѣетъ мѣсто при т. наз. *ипотечномъ преемствѣ* (о немъ рѣчь будетъ ниже—§ 47).

При залогѣ въ тѣсномъ смыслѣ уплата долга обезпечивается отвѣтственностью какой-либо *вещи*. Но, какъ было указано уже выше, такая отвѣтственность за долгъ можетъ лежать не на вещи, а *на всякомъ объектѣ, обладающемъ имущественною цѣнностью*; такъ, напр., за долгъ можетъ отвѣчать извѣстное обязательственное право или сервитутъ. Это случаи залога въ обширномъ смыслѣ (о нихъ рѣчь будетъ въ главѣ III).

Изъ всего изложеннаго видно, что у залога есть черты, сближающія его и съ вещными, и съ обязательственными правами; но всѣ вопросы, возникающіе по поводу залога, могутъ быть болѣе или менѣе удовлетворительно разрѣшены лишь въ случаѣ признанія залога обязательственнымъ правомъ. При этомъ слѣдуетъ помнить о тѣхъ чертахъ, которыми эта *obligatio rei* отличается отъ обыкновенной *obligatio personae*. Тѣмъ не менѣе, мы помѣщаемъ изложеніе залогового права въ отдѣлѣ курса, посвященномъ вещному праву, во вниманіе къ *господствующей* до сихъ поръ въ наукѣ конструкціи, причисляющей залогъ къ правамъ вещнымъ, въ качествѣ одного изъ видовъ jura in re aliena (см. выше § 1, II).

III. Залоговое право въ описанномъ видѣ было выработано римлянами лишь постепенно[32]. Древнѣйшей формой обезпеченія уплаты по обязатель-

---

[31] *Brinz*, II стр. 841.

[32] См. объ исторіи залогового права *Шулинъ* § 89. *Girard* стр. 758 сл. *Herzen*, Origine de l'hypothèque romaine. 1899. *Karlowa*, RRG., II, 3, § 149. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 28, III; § 72; § 102, III.

ствамъ была *fiducia cum creditore*, при которой должникъ переносилъ на кредитора право *собственности* на свою вещь и получалъ противъ кредитора только личный искъ—a. fiduciae—о возвратѣ вещи въ случаѣ уплаты долга [33]. При этой формѣ обезпеченія кредиторъ получалъ больше правъ, чѣмъ то было необходимо въ цѣляхъ его обезпеченія, а у должника оставалось слишкомъ мало средствъ противъ кредитора. Обратнымъ характеромъ отличалась другая форма обезпеченія обязательствъ, выработавшаяся въ древнемъ правѣ—*pignus*. Pignus состоялъ въ томъ, что кредиторъ получалъ въ *производное владѣніе* (см. выше § 18, II) вещь должника и могъ ее удерживать въ своихъ рукахъ, пока не былъ уплаченъ долгъ [34]. *Права* на вещь, кромѣ владѣнія, кредиторъ не получалъ; онъ былъ обезпеченъ только до тѣхъ поръ, пока онъ не утрачивалъ владѣнія вещью. Настоящее залоговое право, какъ *особый видъ абсолютныхъ* правъ, выработалось при арендѣ земельныхъ участковъ. При заключеніи этого договора въ Римѣ издавна было принято устанавливать въ пользу собственника участка, въ обезпеченіе арендной платы, залоговое право на то имущество, которое было внесено или ввезено арендаторомъ на участокъ. Преторъ далъ землевладѣльцу *абсолютный искъ* для истребованія этихъ invecta et illata у каждаго третьяго владѣльца: a. in rem Serviana [35]. Затѣмъ такой же абсолютный искъ былъ данъ для истребованія у всякаго третьяго владѣльца вещей, заложенныхъ въ обезпеченіе всякаго другого обязательства—a. quasi Serviana или a. hypothecaria [36]. Такимъ образомъ, возникло залоговое право, какъ связанность вещи съ абсолютной защитой. *Право продажи вещи* при неуплатѣ долга было установлено уже не преторскимъ эдиктомъ, а дѣятельностью юристовъ [37].

IV. Въ развитомъ римскомъ правѣ *два вида* залога:

1. *Pignus*, т.-е. залоговое право, соединенное съ передачею кредитору владѣнія вещью [38].

2. *Hypotheca*, т.-е. залоговое право, при которомъ вещь не переходитъ во владѣніе кредитора до момента просрочки обезпеченнаго обязательства. — Впрочемъ, это различіе въ терминологіи въ источникахъ не проводится последовательно, и установилось лишь въ новое время, когда pignus получило исключительное значеніе „ручного заклада“.

Ипотека возможна какъ для движимыхъ, такъ и для недвижимыхъ вещей и устанавливается, по общему правилу, *неформально* и *негласно*; не требовалось даже письменнаго договора [39]. Это составляло основной недостатокъ римской системы залога: нельзя было слѣдить за тѣмъ, сколько ипотекъ обременяло извѣстную вещь, и залогоприниматель рисковалъ, что на заложенную ему вещь уже раньше установлены неизвѣстныя ему ипотеки. Это неудобство увеличивалось допущеніемъ т. наз. *генеральныхъ ипотекъ*, т.-е. ипотекъ, которыя обременяли все имущество должника, даже то, кото-

---

[33] Gai 2, 60. Paul. 2, 13. Vat. fr. 94. Isid. Orig. 5, 25, 23. Boëth. ad Cic. Top. 10, 41. Cic. de off. 3, 17, 70.

[34] Isid. Orig. 5, 25, 22. Paul. 5, 26, 4. L. 9 § 2 L. 35 § 1 D. 13, 7. L. 238 § 2. D. 50, 16 —L. 16 D. 41, 3.—O L. 238 § 2 cit. см. *Dernburg* I, 261, пр. 13.

[35] § 7 J. 4, 6.

[36] § 7 J. 4, 6

[37] Ср. съ одной стороны Gai 2, 64. L. 74 (73) D. 47, 2. Javolenus, съ другой—L. 3 § 2 D. 20, 4. Papinianus.—Относительно L. 4 D. 13, 7. Ulpianus см. *Girard* стр. 773, пр. 5. Ниже § 45, I.

[38] L. 9 § 2 D. 13, 7, ср. § 7 J. 4, 6. L. 5 § 1 D. 20, 1.

[39] Nuda conventione L. 1 D. 13, 7.

рое онъ пріобрѣтетъ въ будущемъ [40]. Не меньшее неудобство для оборота составляли такъ наз. *законныя ипотеки*, т.-е. ипотеки, которыя иногда имѣли своимъ предметомъ все имущество должника и возникали въ пользу извѣстныхъ кредиторовъ безъ договора съ должникомъ, въ силу нормы права [41]. Все это давало возможность собственникамъ вещей скрывать при ихъ отчужденіи или залогѣ тѣ ипотеки, которыя уже обременяли вещь. Нерѣдко даже документы объ установленіи ипотекъ снабжались *ложною датою*, чтобы обезпечить этимъ ипотекамъ преимущество передъ другими, которыя на самомъ дѣлѣ были установлены раньше. Въ предотвращеніе этого императоръ Левъ издалъ рескриптъ—L. 11 C. 8, 17 (18),—согласно которому ипотека, установленная письменно въ присутственномъ мѣстѣ (publice) или передъ 3-мя достовѣрными свидѣтелями (quasi publice), пользуется преимуществомъ передъ непублично установленной ипотекой, хотя бы послѣдняя была установлена раньше.—Противъ обмана, возможнаго вслѣдствіе неформальнаго установленія ипотекъ, единственной мѣрой предупрежденія служило уголовное наказаніе, установленное за обманъ (stellionatus crimen) [42].

V. *Въ современномъ правѣ* установленіе залога на движимыя вещи обыкновенно обусловливается передачею владѣнія кредитору [43]. Установленіе же залога на недвижимость совершается публично. Приняты мѣры къ тому, чтобы каждому заинтересованному лицу возможно было удостовѣриться какъ въ принадлежности даннаго участка извѣстному лицу въ собственность, такъ и въ размѣрѣ обременяющихъ его ипотекъ. Для этой цѣли служитъ система записи отчужденія или залога недвижимостей въ особыя ипотечныя книги [44].

§ 41. Отношеніе залогового права (obligatio rei) къ личному обязательству, обезпеченному залогомъ (obligatio personae).

I. Такъ какъ залоговое право устанавливается ради обезпеченія личнаго обязательства, то оно, по воззрѣнію римскихъ юристовъ,—право *акцессорное*, такъ же какъ сходное съ залогомъ по своей цѣли поручительство. L. 43 D. 46, 3. Ulpianus l. 2. regularum. In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora. Слѣдовательно существованіе залогового права стоитъ въ тѣсной зависимости отъ существованія обезпеченнаго имъ личнаго обязательства. Безъ такого обязательства (obl. personae) залогъ (obl. rei) не можетъ возникнуть [1]; съ уничтоженіемъ обязательства уничтожается и залоговое право [2].

II. Залоговое право *не можетъ возникнуть безъ личнаго обязательства*, имъ обезпеченнаго. Обязательство это можетъ быть исковое или же

---

[40] L. 6—8 L. 15 § 1 D. 20, 1. L. 9 C. 8, 16 (17).

[41] Tit. Dig. 20, 2. Cod. 8, 14 (15).

[42] L. 3 § 1 D. 47, 20. Объ этомъ уголовномъ деликтѣ см. *Mommsen*, Strafr. стр. 860 сл.

[43] Гражд. улож. Герм. имп. § 1205.

[44] См. основныя черты современнаго ипотечнаго права у *Побѣдоносцева*, Русское гражданское право, т. 1, стр. 577 сл. (по 4 изд.). *Базановъ*. Происхожденіе современной ипотеки 1900 г. *Bruns-Eck* въ Holtzendorff's Encyklopädie, 5 изд., т. I, стр. 491—493; 6-е изд., стр. 355 слл.

[1] L. 5 pr. D. 20, 1. Marc. sing. form. hyp.

[2] L. 43 D. 46, 3. Ulp. 2 reg. L. 14 § 1 D. 20, 1. Ulp. 73 ed. L. 2 C. 8, 30 (31) Gord.

неисковое (obligatio naturalis) [3]. Можно установлять залогъ какъ въ обезпеченіе своего, такъ и *чужого* обязательства [4]. Установленіе залога въ обезпеченіе чужого обязательства есть видъ такъ наз. intercessio [5]. Если обязательство, обезпеченное залогомъ, *условное* или *срочное*, то и залогъ считается такимъ же [6]. Если обязательство *обезсилено эксцепціей*, то эта эксцепція можетъ быть противопоставлена также притязанію изъ залогового права; если эксцепція не носитъ чисто личнаго характера, или если владѣлецъ залога имѣетъ право регресса къ личному должнику, то она можетъ быть противопоставлена иску изъ залога не только самимъ должникомъ, но и третьимъ владѣльцемъ залога [7]. Иногда, впрочемъ, въ установленіи должникомъ залога въ обезпеченіе обязательства, завѣдомо обезсиленнаго эксцепціей, можетъ заключаться отказъ отъ этой эксцепціи [8].

Можно ли устанавливать залогъ въ обезпеченіе обязательства, которое *должно возникнуть въ будущемъ, и которое еще не обосновано хотя бы въ той мѣрѣ*, какъ условное обязательство? Напримѣръ, можно ли установить залогъ въ обезпеченіе займа, который будетъ совершенъ только впослѣдствіи? Это—спорно. Нѣкоторые признаютъ такой залогъ возможнымъ по римскому праву (Дернбургъ, Бринцъ [9]); другіе (Виндшейдъ) полагаютъ, что соглашеніе о залогѣ до возникновенія долга можетъ только въ нѣкоторыхъ случаяхъ [10] установить извѣстную связанность вещи, а самый залогъ возникаетъ лишь по установленіи долга; но старшинство этого залога опредѣляется временемъ соглашенія о его установленіи (см. ниже § 46, II, 2). Первое изъ этихъ воззрѣній допускаетъ исключеніе изъ общаго правила, согласно которому залогъ не можетъ возникнуть до возникновенія личнаго обязательства [11].

III. *Залогъ прекращается съ погашеніемъ личнаго обязательства* [12]. Однако, для сохраненія залога въ силѣ достаточно, чтобы обезпеченное имъ обязательство, лишившись иска, продолжало существовать какъ obligatio naturalis [13]. Римскіе юристы шли дальше: иногда личное обязательство признается вообще погашеннымъ, но за нимъ удерживается значеніе obligatio naturalis только для того, чтобы сохранить залоговое право отъ уничтоженія. Другихъ послѣдствій это натуральное обязательство не производитъ. Юристъ Павелъ прямо говоритъ даже въ подобномъ случаѣ: remanet propter pignus

---

[3] L. 5 pr. D. 20, 1.

[4] L. 5 § 2 L. 1 § 4 D. 20, 1.

[5] См. *Дернбургъ*, Обязательственное право §§ 83–84.

[6] L. 5 pr. L. 13 § 5 L. 14 D. 20, 1. Общ. ч. § 42 пр. 8. L. 5 § 1 D. 20, 6.

[7] L. 32 D. 46, 1. L 15 C. 4, 30. L. 2 D. 20, 3. L. 16 § 1 D. 16, 1. L. 7 pr. § 1 D. 44, 1.

[8] Ср. L. 22 C. 4, 29.

[9] За исключеніемъ того случая, когда ни одинъ изъ контрагентовъ не можетъ быть принужденъ даже къ заключенію обязательства въ будущемъ.

[10] Напр., когда будущій кредиторъ можетъ быть принужденъ сдѣлаться кредиторомъ и для этой цѣли совершить какое-либо предоставленіе будущему должнику (напр. залогоприниматель *обязуется* дать залогодателю деньги взаймы и залогъ устанавливается въ обезпеченіе именно этого будущаго займа); далѣе, когда залогъ устанавливается въ обезпеченіе будущаго долга третьяго лица.

[11] L. 1 pr. 9 pr. 11 pr. D. 20, 4. L. 4 D. 20, 3. Ср. къ этому *Dernburg*. Pand., т. I, § 274, 4. *Brinz*, т. II, стр. 860, пр. 4 слл. *Windscheid*, Pand. I, § 225, пр. 7 и § 242, пр. 8.

[12] L. 43 D. 46, 3. L. 2 C. 8, 30 (31).

[13] L. 14 § 1 D. 20, 1.

naturalis obligatio [14] (L. 61 (59) pr. D. 36, 1). Такое рѣшеніе указываетъ на то, что юристы фактически допускали продолженіе существованія залогового права въ нѣкоторыхъ случаяхъ и послѣ полнаго погашенія личнаго обязательства [15]. Только для того, чтобы не стать въ противорѣчіе съ принципомъ акцессорности залога, они допускали въ этихъ случаяхъ существованіе obligatio naturalis, единственнымъ слѣдствіемъ которой было сохраненіе въ силѣ залогового права. Наконецъ, есть нѣсколько рѣшеній, гдѣ юристы сохраняютъ въ силѣ залогъ послѣ полнаго погашенія личнаго обязательства, не прибѣгая къ понятію obligatio naturalis. Эти рѣшенія прямо противорѣчатъ ученію объ акцессорности залога; но ихъ, нужно оговориться, немного [16].

Современное право (какъ мы уже знаемъ изъ § 40, II) пошло дальше; оно знаетъ реальный кредитъ въ собственномъ смыслѣ слова; онъ состоитъ въ томъ, что капиталъ ссужается съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ его неуплаты было получено удовлетвореніе изъ земельнаго участка. Связанность земельнаго участка возможна принципіально безъ возникновенія обязательственнаго требованія о возвратѣ даннаго капитала (Grundschuld). Римляне, напротивъ, въ принципѣ знали только личный кредитъ; залоговое право—obligatio rei— у нихъ служило только обезпеченіемъ и подкрѣпленіемъ личнаго кредита, а потому принципіально не допускалось отдѣльно и независимо отъ obligatio personae. Въ современномъ правѣ, слѣдовательно, залоговое право (ипотека) утратило характеръ строгого акцессорнаго права; оно превратилось въ самостоятельное право, въ силу котораго вещь можетъ отвѣчать за уплату того долга, который заключается въ самомъ залоговомъ отношеніи.

IV. Если личное *обязательство, обезпеченное залогомъ, измѣняется* (напр., превращается въ требованіе убытковъ отъ неисполненія), залоговое право все-же сохраняется. Когда обязательственный долгъ увеличивается (напримѣръ, прибавляется обязанность платить проценты вслѣдствіе просрочки), то залогъ обезпечиваетъ и это приращеніе [17]. Но когда обязательство уменьшается, залогъ все-же продолжаетъ сохранять силу въ полномъ объемѣ въ обезпеченіе остатка [18]. Поэтому, если обязательство при переходѣ по наслѣдству дѣлится на нѣсколько обязательствъ, то въ обезпеченіе каждаго новаго обязательства сохраняетъ силу залоговое право въ полномъ объемѣ; оно погашается лишь съ удовлетвореніемъ всѣхъ частичныхъ обязательствъ [19]. Это начало такъ называемой *недѣлимости залогового права*— pignoris causa indivisa est [20].

---

[14] См. *Хвостовъ*, Натур. обязат., стр. 432 сл.

[15] Эти случаи характеризуются тѣмъ, что личное обязательство уничтожается, но при этомъ кредиторъ не получаетъ матеріальнаго удовлетворенія. См. объ этомъ подробнѣе въ § 48, II, 1.

[16] Напр. L. 38 § 5 D. 46, 3. L. 7 C. 7, 39. Къ этому *Хвостовъ*, op. cit. стр. 477 сл.; 444 сл.; 467 сл. Ниже § 48, II, 1.

[17] L. 8 § 5 D. 13, 7.

[18] L. 6. C. 8, 27 (28). L. 85 § 6 D. 45, 1. L. 19 D. 20, 1.

[19] Такимъ образомъ, если должникъ оставилъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то залогъ in solidum отвѣчаетъ за уплату доли каждымъ сонаслѣдникомъ. Если кредиторъ оставилъ нѣсколькихъ сонаслѣдниковъ, то залогъ in solidum отвѣчаетъ передъ каждымъ изъ нихъ за его долю. *Dernburg*. 1 § 277 пр. 3—5.

[20] L. 8 § 2 D. 13, 7. L. 25 § 14 D. 10, 2. L. 16 C. 8, 27 (28). L. 1 C. 8, 31 (32). L. 2 C. 8, 31 (32). L. 1 C. 8, 30 (31). *Бринцъ* § 356 говоритъ о *солидарности* rei obligationis.

Когда къ обязательству прибавляется *новое добавочное обязательство*, то залогъ обезпечиваетъ и это обязательство, если воля сторонъ не была иная [21] (напр., кредиторъ затратилъ издержки на данную ему въ залогъ вещь и требуетъ ихъ возмѣщенія вмѣстѣ съ уплатой главнаго долга). *Договорные* проценты обезпечиваются залогомъ, если это вытекаетъ изъ соглашенія сторонъ. Согласно предполагаемой волѣ сторонъ рѣшается также вопросъ объ объемѣ залогового права въ томъ случаѣ, если вмѣсто ожидаемаго обязательства, въ обезпеченіе котораго былъ установленъ залогъ, возникло другое (напр., вмѣсто займа возникло обязательство изъ неосновательнаго обогащенія) [22].

§ 42. Объектъ залогового права.

I. Объектомъ залогового права мы называемъ тотъ предметъ, который отвѣчаетъ за уплату долга, заключающагося въ залоговомъ отношеніи. Точнѣе было бы назвать его *предметомъ залоговой отвѣтственности* [1]. Такимъ предметомъ можетъ быть, прежде всего, *тѣлесная вещь*. При томъ, въ залогъ можетъ быть дана всякая вещь, какъ движимая, такъ и недвижимая, если она не res extra commercium [2]. За долгъ отвѣчаетъ вся заложенная вещь. Поэтому, когда вещь *дѣлится*, то владѣлецъ каждой части, по предъявленіи къ нему a. hypothecaria, можетъ освободиться лишь уплатою кредитору всего долга [3].

Потребляемыя вещи могутъ быть предметомъ залога (напримѣръ, хлѣбъ, деньги) [4]. Но часто на такого рода вещи устанавливается не залогъ, въ собственномъ смыслѣ, а такъ наз. *pignus irregulare*, которое состоитъ въ слѣдующемъ: въ обезпеченіе удовлетворенія по обязательству должникъ передаетъ кредитору *въ собственность* извѣстное количество потребляемыхъ вещей (особенно денегъ), а кредиторъ обязуется по исполненіи должникомъ своей обязанности вернуть ему такое же количество такихъ же вещей. Должникъ получаетъ противъ кредитора actio pigneraticia in personam, хотя залога, строго говоря, не устанавливается [5].

II. Въ залогъ можетъ быть дана *идеальная часть вещи* (pars pro indiviso). Каждый сособственникъ можетъ закладывать отдѣльно свою долю въ общей собственности [6]. Если затѣмъ собственники приступятъ къ раздѣлу вещи на реальныя части и не привлекутъ къ участію въ раздѣлѣ залогопринимателя [7], то залогъ продолжаетъ обременять заложенную интеллектуальную часть вещи, т.-е. въ соотвѣтственной долѣ обременяетъ реальныя части вещи, полученныя бывшими сособственниками [8].

III. Если въ залогъ дана universitas rerum distantium (см. Общ. часть § 30, I, 3), то предметомъ залога являются отдѣльныя вещи, входящія въ составъ universitas; но если хозяйственное назначеніе этой universitas тре-

---

[21] L. 8 § 5 D. 13, 7. L. 6 C. 8, 13 (14). *Windscheid*, § 226, пр. 5.
[22] Arg. L 56 § 2 D. 46, 1.
[1] *Brinz* II § 346 in fine.
[2] L. 3. 6 C. 8, 16 (17). L. 1 § 2 D. 20, 3.
[3] *Dernburg* I § 277.
[4] L. 34 § 2 D. 20, 1. L. 7 § 1 D. 20, 4. *Windscheid* § 226a пр. 2.
[5] *Dernburg* I § 272, 4. *Windscheid* § 226a пр. 4.
[6] L. 1 C. 8, 20 (21). L. 8 § 3 D. 20, 6
[7] L. 2 C. 3, 37.
[8] L. 7 § 4 D. 20, 6 cf. L. 31 D. 33. 2.

буетъ отчужденія или потребленія отдѣльныхъ вещей и замѣны ихъ новыми (товарный складъ, стадо), то отчужденныя вещи считаются освобожденными отъ залога, а вновь пріобрѣтенныя подлежатъ залоговому праву. Если universitas rerum не предполагаетъ по своей природѣ такого измѣненія, то тогда вновь пріобрѣтенныя по установленіи ипотеки вещи не подлежатъ залогу, а отчужденныя продолжаютъ считаться заложенными (напр., заложена картинная галлерея любителя, библіотека ученаго) [9].

IV. Вмѣстѣ съ заложенной вещью залогу подлежатъ всѣ ея *приращенія* и, по общему правилу, также *принадлежности* [10]; *плоды* заложенной вещи подлежатъ залогу, если они послѣ отдѣленія поступаютъ въ собственность залогодателя [11].

V. Не однѣ только тѣлесныя вещи могутъ быть предметомъ залоговой отвѣтственности. За уплату долга, заключающагося въ залогѣ, можетъ отвѣчать все то, что можетъ быть продано и такимъ образомъ обращено на удовлетвореніе кредитора (L. 9 § 1 D. 20, 1; см. выше § 40, I). Поэтому и res incorporales могутъ быть объектами залогового права (залогъ въ широкомъ смыслѣ слова). Въ частности могутъ отвѣчать обязательственныя права, принадлежащія должнику или иному лицу, разнаго рода jura in re aliena и, наконецъ, въ извѣстномъ смыслѣ, самое залоговое право (subpignus). Въ каждомъ изъ этихъ случаевъ залогъ подлежитъ особымъ нормамъ, опредѣляющимъ способъ и порядокъ реализаціи залоговой отвѣтственности. Важнѣйшіе изъ этихъ случаевъ будутъ разсмотрѣны особо (въ главѣ III, ниже).

VI. Наконецъ, предметомъ залогового права можетъ быть цѣлое *имущество*. Имущество не есть особый объектъ правъ, а лишь особое юридическое понятіе (см. Общ. ч. § 29, III). Когда говорятъ о hypotheca omnium bonorum, то, въ сущности, имѣютъ въ виду совокупность залоговыхъ правъ на отдѣльныя части этого имущества и какъ-бы метафорой выражаютъ ту мысль, что залоговыя права на всѣ предметы, входящіе въ составъ имущества, могутъ быть установлены сразу, по предписанію закона или по волѣ владѣльца, безъ перечисленія всѣхъ отдѣльныхъ предметовъ [12]. Обыкновенно въ случаѣ залога имущества залоговое право простирается и на всѣ будущія пріобрѣтенія [13], за исключеніемъ тѣхъ вещей, относительно которыхъ есть основаніе полагать, что собственникъ не сдѣлалъ бы ихъ объектомъ спеціальной ипотеки [14].

---

[9] L. 34 pr. D. 20, 1. L. 13 pr. D. eod. *Dernburg* I, § 272, 3. *Windscheid* I, § 226a пр. 4. *Brinz* § 354 пр. 10, 11.

[10] L. 18 § 1 L. 21 D. 13, 7. L. 16 pr. D. 20, 1. *Dernburg* I § 273, 2.

[11] Этого не будетъ, напр., въ томъ случаѣ, если заложенная вещь продана залогодателемъ, или если она перешла въ руки bonae fidei possessor L. 3 C. 8, 14 (15) L. 1 C. 8, 24 (25). Cf. Paul. 2, 5, 2.—L. 29 § 1 D. 20, 1. См. *Dernburg*, Pfandrecht, I стр. 442. Pand. I § 273 пр. 8, 9. *Windscheid* § 226a прим. 11. *Brinz* § 354 пр. 8, 9.

[12] Obligatione generali rerum. L. 6 D. 20, 1. См. также L. 1 pr. L. 34 § 2 D. 20, 1. L. 6 D. 40, 8. L. 28 D. 49, 14. L. 2 C. 8, 13 (14). *Windscheid* I, § 228. *Brinz* II § 347 пр. 12.

[13] L. 9 C. 8, 16 (17).

[14] L. 6—9 pr. D. 20, 1. L. 1 C. 8, 16 (17).

§ 43 Возникновеніе залогового права.

Залоговое право возникаетъ на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) по договору частныхъ лицъ[1], 2) по предписанію закона, 3) по судебному рѣшенію.

I. *Договоръ.* Что касается договора, то отъ него не требуется (какъ мы замѣтили въ концѣ § 40) опредѣленной *формы*[2]; онъ можетъ быть и устнымъ и письменнымъ. Извѣстная конституція императора Льва отдаетъ предпочтеніе залогу, совершенному publice или quasi publice (§ 40, IV).

Устанавливать залогъ съ полною силою можетъ только *собственникъ* закладываемой вещи[3]. Суперфиціаръ, эмфитевта[4] и bonae fidei possessor[5] могутъ устанавливать лишь такой залогъ, сила котораго ограничена силою права на вещь самихъ установителей.

Чужую вещъ можно дать въ залогъ, какъ таковую, т.-е. въ ожиданіи будущаго пріобрѣтенія ея въ собственность; въ такомъ случаѣ залогъ устанавливается какъ бы подъ условіемъ и получаетъ силу лишь по пріобрѣтеніи права собственности залогодателемъ[6]. Старшинство такой ипотеки опредѣляется временемъ совершенія залога[7]. Впрочемъ, залогъ чужой вещи, совершенный безъ всякихъ оговорокъ, получаетъ силу, если залогодатель впослѣдствіи станетъ собственникомъ заложенной вещи, или если собственникъ вещи унаслѣдуетъ установившему залогъ несобственнику; требуется только, чтобы залогоприниматель въ моментъ установленія залога считалъ залогодателя управомоченнымъ къ установленію залога (т.-е. былъ bonae fidei)[8].

Пріобрѣтать залоговое право можетъ только кредиторъ по какому-либо личному обязательству (выше § 41, II). Безразлично, будетъ ли это первоначальный кредиторъ, или только цессіонаръ.

II. *Законъ.* Въ силу непосредственнаго предписанія закона[9] залоговое право возникаетъ или на опредѣленныя вещи должника, или же на все его имущество.

Залоговое право на отдѣльные предметы устанавливается, напримѣръ, въ слѣдующихъ случаяхъ. Лицо, отдавшее внаймы городской участокъ земли, имѣетъ по поводу своихъ требованій изъ найма залоговое право на вещи, внесенныя нанимателемъ на продолжительное время на этотъ участокъ (illata et invecta)[10]. Лицо, отдавшее въ аренду земледѣльческій участокъ, имѣетъ

---

[1] По *завѣщанію* также можетъ быть наложена залоговая отвѣтственность на вещь наслѣдователя. L. 26 pr. D. 13, 7 L. 1 C. 6, 43. *Dernburg*, Pfandrecht I, § 33 и 34. *Brinz Brinz* § 354 пр. 48.

[2] L. 1 D. 13, 7. *Dernburg* I, § 266, 1.

[3] L. 2 D. 13, 7 L. 2. 4. 6. 8 C. 8, 15 (16).

[4] L. 13 § 3 D. 20, 1. L. 16 § 2 D. 13, 7. L. 15 D. 20, 4.

[5] L. 18 D. 20, 1. Paul. 19 ed. Si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi. sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. L. 21 § 1 D. eod. cf. L. 14 D. 20, 4.

[6] L. 16 § 7 D. 20, 1. Ср. еще L. 1 pr. L. 15 § 1 eod. L. 3 § 1 L. 7 § 1 D. 20, 4. *Dernburg* I, § 267, 1. *Windscheid* § 230, пр. 7.

[7] L. 3 § 1 L. 21 pr. D. 20, 4. Cf. L. 7 § 1 D. 20, 4. *Dernburg* I, § 267 пр. 8.

[8] L. 1 pr. L. 22 D. 20, 1. Ср. однако L. 41 D. 13, 7. L. 9 § 3 D. 20, 4. Вопросъ спорный см. *Dernburg* I, § 267 пр. 9 и 10. *Windscheid* § 230 пр. 8 и 9. *Brinz* § 354 пр. 18—22.

[9] Римскіе источники говорятъ въ этомъ случаѣ о tacitae conventiones, hypotheca tacita. *Brinz* § 354 пр. 26, 27. *Dernburg* I, § 265 пр. 3. Dig. 20, 2. Cod. 8, 14 (15).

[10] L. 4 pr. § 1 L. 2. 3. 5 pr. § 1 L. 6. 7 § 1 D. 20, 2.

по поводу своихъ требованій изъ договора аренды залоговое право на плоды, извлеченные арендаторомъ изъ участка [11]; залоговое право на invecta et illata возникаетъ въ этомъ случаѣ только въ силу соглашенія съ хозяиномъ участка [12].

Примѣрами законнаго залога на все имущество должника служатъ слѣдующіе случаи. Фискъ имѣетъ право залога въ обезпеченіе своихъ требованій, кромѣ штрафныхъ [13]; такое же право имѣютъ императоръ и его супруга [14]. Малолѣтніе и безумные имѣютъ законную ипотеку на имущество опекуна или попечителя [15]; жена имѣетъ ипотеку на имущество мужа въ обезпеченіе возврата ея приданаго (dos) [16] и т. д. [17].

III. *Судебное рѣшеніе.* На основаніи судебнаго рѣшенія возникаетъ залоговое право съ ограниченнымъ эффектомъ. Содержаніе его болѣе или менѣе отклоняется отъ содержанія обыкновеннаго залогового права. Слѣдуетъ различать два случая.

a) *Pignus in causa judicati captum.* Со времени имперіи рѣшенія, постановленныя въ порядкѣ экстраординарной cognitio, могли приводиться въ исполненіе путемъ взятія залога. Должностное лицо, исполняющее судебное рѣшеніе, брало изъ имущества должника какую-либо вещь, движимую или даже недвижимую, и, если въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ должникъ не исполнялъ судебнаго рѣшенія, продавало ее для удовлетворенія претензіи кредитора [18].

b) *Pignus praetorium.* Для обезпеченія нѣкоторыхъ притязаній преторъ вводилъ кредитора во владѣніе имуществомъ должника. Такая missio in possessionem установляла нѣчто вродѣ залогового права [19], послѣдствія котораго были различны въ отдѣльныхъ случаяхъ [20].

Конкурсное производство надъ имуществомъ должника открывалось путемъ missio in possessionem rei servandae causa [21]; такая же missio in possessionem служила въ обыкновенномъ процессѣ средствомъ исполненія судебныхъ рѣшеній; она влекла за собою продажу имущества по истеченіи извѣстнаго срока [22].

Missio legatorum servandorum causa давалась въ пользу легатаріевъ, если наслѣдникъ отказывался дать поручителей въ уплатѣ легатовъ, которые еще не подлежали немедленной уплатѣ [23].

Missio въ случаѣ отказа дать cautio damni infecti разсмотрѣна выше (§ 14, III).

Missio ventris nomine давалась беременной женщинѣ, отъ которой могъ родиться ближайшій наслѣдникъ открывающагося наслѣдства (Наслѣдст. пр. § 20, I).

---

[11] L. 7 pr. D. 20, 2. L. 3 C. 8, 14 (15) См. объ этихъ случаяхъ и объ interdictum de migrando *Dernburg* I, § 268. Перечень остальныхъ специальныхъ законныхъ ипотекъ у *Dernburg* I, § 269, A. *Brinz* II стр. 877 *Windscheid* § 231. *Баронъ* § 190, II.

[12] L. 5 C. 4, 65.

[13] L. 1. 2 C. 8, 14 (15).

[14] L. 6 § 1 C. 8, 14 (15).

[15] L. 20 C. 5, 37 L. 7 § 5 i. f. C. 5, 70. L 6 C. 8, 14 (15). Nov. 22. c. 40.

[16] L. 1. C. 5, 13.

[17] Остальные случаи генеральныхъ законныхъ ипотекъ у *Dernburg* I, § 269, B. *Brinz* II стр. 876. *Windscheid* § 232. *Баронъ* § 190, I.

[18] L. 31 D. 42, 1. Cod. 8, 22 (23). *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 111. III.

[19] Pignus praetorium: L. 12 D. 41, 4. L. 1. 2 C. 8, 21 (22).

[20] L. 26 pr. D. 13, 7. L. 1 D. 42, 4.

[21] L. 11 § 1 D. 36, 4. L. 35 D. 42, 5. L. 2. 3 C. 8, 17 (18). L. 1 C. 8, 22 (23).

[22] L. 1 C. 8, 22 (23).

[23] L. 5 D. 36, 4.

Эти missiones по общему правилу не давали права продажи; обезпеченіе состояло въ томъ, что имущество находилось подъ фактическимъ надзоромъ введеннаго во владѣніе лица [24].

Глава II. Содержаніе, защита и прекращеніе залогового права.

§ 44. Право залогопринимателя на владѣніе заложенной вещью. Actio hypothecaria.

I. Заложенная вещь можетъ быть отдана во владѣніе кредитору *при заключеніи залогового договора*; это *pignus* въ тѣсномъ смыслѣ, въ отличіе отъ hypotheca (выше § 40, IV). Кредиторъ становится въ этомъ случаѣ *юридическимъ владѣльцемъ* [1] и въ случаѣ нарушенія владѣнія имѣетъ владѣльческіе интердикты (это — одинъ изъ случаевъ такъ наз. производнаго владѣнія; см. выше § 18). Узуканія, начатая залогодателемъ, не прерывается вслѣдствіе этого переноса владѣнія на залогопринимателя [2].

II. Если владѣніе не было передано залогопринимателю съ самаго начала, то-есть, если была установлена *hypotheca*, то залоговой кредиторъ могъ потребовать владѣнія вещью съ того момента, какъ наступитъ срокъ уплаты по требованію, обезпеченному залогомъ, и эта уплата не будетъ произведена должникомъ. Получивъ владѣніе, онъ можетъ удерживать вещь до удовлетворенія его обязательства, обезпеченнаго залогомъ. Только въ исключительныхъ случаяхъ кредиторъ по ипотекѣ можетъ требовать передачи въ его руки владѣнія вещью до наступленія срока уплаты долга (напримѣръ, когда вещи грозитъ значительное повреждепіе, если она останется въ рукахъ должника) [3].

III. Кромѣ того, по рескрипту императора Гордіана (L. 1 C. 8, 26: a. 239), залоговой кредиторъ имѣетъ уже послѣ удовлетворенія своего права требованія, обезпеченнаго залогомъ, *jus retentionis* по отношенію къ заложенной вещи, пока должникъ не уплатитъ остальныхъ своихъ долговъ тому же кредитору, не обезпеченныхъ этимъ залогомъ. Но кредиторъ не пользуется этимъ jus retentionis, если заложенную вещь требуетъ младшій залогоприниматель.

IV. Если заложенная вещь приноситъ *плоды*, то залоговой вѣритель, владѣя этой вещью, можетъ собирать плоды и потреблять ихъ. Цѣнность плодовъ засчитывается въ счетъ процентовъ обезпеченнаго залогомъ долга, а если она ихъ превышаетъ, то она засчитывается въ счетъ капитала [4]. Если приносящая плоды вещь дана въ залогъ въ обезпеченіе безпроцентнаго займа, то залогоприниматель можетъ пользоваться плодами въ размѣрѣ обычныхъ въ данной мѣстности процентовъ; основаніемъ служитъ то соображеніе, что разъ должникъ безвозмездно пользуется капиталомъ, то по справедливости

---

[24] L. 3 § 23 D. 41, 2. L. 2 pr. D. 41, 5. *Windscheid* § 233 пр. 15—19. *Dernburg* I, § 270, пр. 8—11. *Girard* стр. 1039. *Baron* Inst. § 218. *Keller*, Civilpr. § 78.

[1] О правѣ кредитора пользоваться заложенной вещью см. *Dernburg* I, § 278, 2.

[2] L. 16 D. 41, 3.

[3] См. *Dernburg*, Pfandrecht, II стр. 298 сл. L. 14 pr. D. 20, 1.

[4] L. 1—3. 12 C. 4, 24. L. 12 (11) C. 4, 32. L. 2 C. 8, 24 (25). L. 1 C. 8, 27 (28). L. 23 pr. D. 20, 1. L. 5 § 21 D. 36, 4. *Windscheid* § 234, пр. 3. Ср. выше § 42, IV.

слѣдуетъ дать возможность и кредитору пользоваться плодами заложенной вещи [5].

V. Для полученія владѣнія заложенной вещью кредиторъ имѣетъ *абсолютные иски*, которые называются *a. Serviana* и *quasi Serviana* или *a. hypothecaria*. *Условія* того и другого иска слѣдующія:

1. Если вещь была дана въ ручной закладъ — pignus, — то кредиторъ можетъ вчинить этотъ искъ *когда бы онъ ни утратилъ владѣнія*. Если установлена hypotheca, то кредиторъ можетъ требовать переноса владѣнія только тогда, когда наступитъ *срокъ исполненія по обязательству*, обезпеченному залогомъ: до срока онъ можетъ потребовать вещь лишь въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ (о нихъ см. § 44, II).

2. Искъ предъявляется *противъ всякаго владѣльца вещи*, будь то должникъ по личному обязательству или третье лицо, юридическій владѣлецъ вещи или detentor alieno nomine. Къ отвѣтственности привлекается и fictus possessor, т.-е. тотъ, кто dolo malo desiit possidere или liti se obtulit (см. выше § 13, I, 2) [6].

3. *Содержаніе* иска сводится къ признанію залогового права истца и присужденію отвѣтчика къ выдачѣ ему вещи или стоимости вещи въ деньгахъ. Если отвѣтчикомъ является должникъ по личному обязательству, то оцѣнка не можетъ превышать суммы долга, обезпеченнаго залогомъ [7]. Плоды вещи выдаются только въ томъ случаѣ, если самой вещи не достаточно на покрытіе долга [8].

4. *Защита отвѣтчика* можетъ быть различной:

a) Каждый отвѣтчикъ, даже malae fidei possessor, можетъ освободиться, *уплативъ истцу долгъ*, обезпеченный залогомъ [9]. Bonae fidei possessor, сдѣлавъ эту уплату, можетъ требовать, чтобы истецъ уступилъ ему всѣ иски, которые онъ имѣетъ противъ должника по обязательству, обезпеченному залогомъ (т. наз. beneficium cedendarum actionum) [10].

b) Если кредитору въ обезпеченіе одного долга заложены отдѣльныя вещи и, кромѣ того, установлена ипотека на все имущество должника, то отвѣтчикъ, привлеченный по этой послѣдней hypotheca generalis, можетъ предложить кредитору обратиться сначала къ hypotheca specialis. Это — т. наз. *beneficium excussionis realis* [11].

c) Юстиніанъ [12] ввелъ еще т. наз. *beneficium excussionis personalis*; оно состояло въ томъ, что третій владѣлецъ заложенной вещи (т.-е. не должникъ по личному обязательству) могъ предложить кредитору, предъявляющему къ нему a. hypothecaria, предварительно сдѣлать попытку взыскать долгъ съ

---

[5] L. 8 D. 20, 2. О т. наз. *антихрезѣ* см. L. 11 § 1 D. 20, 1. L. 33 D. 13, 7. L. 14. 17 C. 4, 32.— *Dernburg* I, § 278, 4. *Windscheid* § 234, пр. 5—6. *Wendt*, Pandekten стр. 405.

[6] L. 16 § 3 D. 20, 1. *Windscheid* § 235, пр. 5.

[7] L. 21 § 3 D. 20, 1 cf. L. 16 § 6 D. 20, 1. *Windscheid* § 235, пр. 8. *Dernburg* I § 284, пр. 8.

[8] L. 16 § 4 D. 20, 1. *Windscheid* § 235, пр. 9—12.

[9] L. 12 § 1 D. 20, 6. L. 16 § 3 D. 20, 1. L. 11 § 4 D. 20, 4 Cf. L. 16 § 6 D. 20, 1.

[10] L. 19 D. 20, 4.

[11] L. 2 C. 8, 13. L. 9 C. 8, 27.

[12] Nov. 4 c. 2.

личнаго должника и его поручителей при помощи тѣхъ исковъ, которые онъ имѣетъ противъ нихъ [13].

VI. Кромѣ этого абсолютнаго иска при залогѣ могутъ возникнуть еще *относительные* иски между самимъ залогодателемъ и залогопринимателемъ, въ особенности въ томъ случаѣ, когда установленіе залога сопровождается передачею вещи кредитору, т.-е. въ случаѣ pignus въ тѣсномъ смыслѣ [14].

Владѣніе вещью возлагаетъ извѣстныя обязанности на залогового кредитора по отношенію къ залогодателю: 1) кредиторъ обязанъ вернуть заложенную вещь залогодателю въ случаѣ уплаты долга, обезпеченнаго залогомъ [15]; 2) онъ отвѣчаетъ за гибель или поврежденіе заложенной вещи, наступившія вслѣдствіе его dolus или даже culpa levis [16].

Въ свою очередь залогодатель обязывается вслѣдствіе передачи владѣнія передъ кредиторомъ: 1) къ возмѣщенію издержекъ, затраченныхъ кредиторомъ на заложенную вещь, если онѣ сдѣланы въ интересахъ залогодателя [17]; 2) къ возмѣщенію убытковъ, понесенныхъ залогопринимателемъ вслѣдствіе culpa levis залогодателя [18]; 3) къ установленію новаго залога, если заложенной оказалась чужая вещь [19].

Устанавливается, такимъ образомъ, особаго рода обязательство (obligatio personae), реальный контрактъ, который называется *contractus pigneraticius* [20]. Изъ этого контракта возникаетъ a. pigneraticia directa для залогодателя противъ залогопринимателя и a. pigneraticia contraria для залогопринимателя противъ залогодателя.

§ 45. Право продажи заложенной вещи.

I. Самымъ важнымъ правомъ залогового кредитора является его *право продать* заложенную вещь въ случаѣ неудовлетворенія по обезпеченному залогомъ требованію. Это право составляетъ существеннѣйшую часть развитого института залога. По *Юстиніанову* праву *кредиторъ не можетъ быть лишенъ его,* даже въ силу состоявшагося при установленіи залога договора о томъ, чтобы залогоприниматель не продавалъ заложенной вещи. Если такой договоръ былъ заключенъ, кредиторъ все-таки можетъ продать вещь: онъ только обязанъ не одинъ разъ, *а три раза предупредить* должника о продажѣ; иначе онъ отвѣчаетъ за продажу, какъ за furtum (L. 4 D. 13, 7) [1]. Это право продажи развилось, однако, лишь постепенно. Въ эпоху *классическихъ юристовъ* для полученія этого права требовалось особое соглашеніе, притомъ при самомъ установленіи залога; если такого соглашенія не было,

---

[13] Возраженіе объ *издержкахъ,* сдѣланныхъ на заложенную вещь, никогда не дается должнику, но въ извѣстныхъ предѣлахъ предоставляется третьимъ владѣльцамъ заложенной вещи. L. 29 § 2 D. 20. 1. L. 44 § 1 D 39, 2. *Dernburg* I, § 284, пр. 13. *Windscheid* § 235, 4.—Объ *interdictum Salvianum* и еще нѣкоторыхъ искахъ залогового кредитора см. *Dernburg* I, § 285. *Баронъ* § 196 и 197.

[14] О hypotheca см. L. 7 D. 20, 5. L. 4. 7 C. 4, 24. *Windscheid* § 381, пр. 4.

[15] L. 9 § 3. 5 L. 10 L. 40 § 2 D. 13, 7 L. 11 C. 4, 24.

[16] L. 13 § 1 L. 14 D. 13, 7. § 4 J. 3, 14.

[17] L. 8 pr. L. 25 D. 13, 7 L. 7 C. 4, 24. L. 6 C. 8, 13 (14). L. 29 i. f. D. 10, 2.

[18] L. 5 § 2 D. 13, 6. L. 7 G. 4, 24. *Windscheid* § 382, пр. 16. *Dernburg* I, § 286 пр. 10—13.

[19] L. 9 pr. L. 16 § 1 L. 32 D. 13, 7.

[20] L. 1 § 6 D. 44, 7. § 4 J. 3, 14. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 73, III, 1, d.

[1] Ср. однако *Wendt* Pand. § 162, пр. 2 и противъ него *Dernburg* I, § 280, пр. 4.

то кредиторъ, по мнѣнію позднѣйшихъ классиковъ (Павла, напр.; см. Paulus S. R. II, 5 § 1), могъ продать вещь лишь послѣ троекратнаго увѣдомленія должника о продажѣ; если же состоялось прямое соглашеніе о томъ, чтобы вещь не продавалась, то продажа была невозможна (L. 7 C. 8, 27 (28).— L. 4 D. 13, 7 въ концѣ интерполирована) [2].

II. Кредиторъ можетъ продать заложенную вещь при наличности слѣдующихъ *условій:*

1) Если наступитъ *срокъ исполненія по обязательству*, обезпеченному залогомъ, и обязательство должникомъ все-таки не будетъ исполнено [3].

2) Кредиторъ долженъ *увѣдомить* должника о своемъ намѣреніи приступить къ продажѣ залога [4]; при наличности соглашенія о томъ, чтобы залогъ не продавался, по юстиніановому праву требовалось *троекратное* напоминаніе должнику.

3) Послѣ увѣдомленія кредиторъ долженъ выждать истеченія *двухлѣтняго срока* [5].

4) Продажа заложенной вещи совершается *самимъ кредиторомъ*. При этомъ онъ долженъ дѣйствовать bona fide, т.-е. стараться совершить продажу на наиболѣе выгодныхъ условіяхъ не только для себя, но и для залогодателя [6]. Въ противномъ случаѣ залогодатель имѣетъ противъ него обязательственный искъ объ убыткахъ (actio pigneraticia directa) [7].

III. При продажѣ залога покупатель дѣлается *собственникомъ*, конечно, послѣ traditio ему вещи и уплаты за нее цѣны. Такимъ образомъ, залоговой кредиторъ, не будучи собственникомъ вещи, тѣмъ не менѣе переноситъ на покупателя право собственности. Это какъ будто-бы исключеніе изъ общаго правила: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet (L. 54 D. 50, 17). Это право кредитора римскіе юристы объясняютъ различно. Гай (Inst. II, 64) говоритъ, что кредиторъ, отчуждая заложенную вещь, дѣйствуетъ въ качествѣ представителя должника. Это объясненіе не вполнѣ удовлетворительно, такъ какъ залоговой кредиторъ можетъ продать вещь даже вопреки протесту должника. Кромѣ того, его право на продажу не уничтожается смертью должника. Между тѣмъ всякое полномочіе по римскому праву прекращается съ его отмѣной должникомъ или со смертью довѣрителя. Наконецъ, продажа залога кредиторомъ совершается и въ томъ случаѣ, если собственность на заложенную вещь уже перешла отъ залогодателя къ третьему лицу; слѣдовательно, продажа происходитъ не отъ имени залогодателя. Поэтому позднѣйшіе юристы, какъ, наприм., Папиніанъ (L. 42 D. 13, 7), Ульпіанъ (L. 5 § 3 L. 7 § 1 D. 27, 9) и Павелъ (L. 13 D. 20, 5) говорятъ, что, передавая заложенную вещь, кредиторъ дѣйствуетъ suo jure, suum negotium facit. Эти юристы, слѣдовательно, основываютъ право продажи на самомъ залоговомъ правѣ кредитора, видятъ въ этомъ правѣ послѣдствіе отвѣтственности заложенной вещи (Haftung) передъ кредиторомъ, способъ реа-

---

[2] См. объ этомъ *Appleton*, les interpolations dans les Pandectes, стр. 269. *Windscheid* § 237, пр. 5. *Girard* стр. 773. *Хвостовъ*, op. cit. § 72, IV.

[3] L. 4 D. 20, 5. L. 5 § 1 D. 20, 6. L. 7 C. 8, 27 (28).

[4] L. 4 C. 8, 27 (28).

[5] L. 3 § 1 C. 8, 33 (34). При pignus in causa judicati captum—2 мѣсяца. L. 31 D. 42, 1.

[6] L. 4 C. 8, 27 (28) cf. L. 10 D. 18, 2.

[7] L. 4. 5 C. 8, 29 (30).—L. 7 C. 8, 27 (28).

лизацiи этой отвѣтствинности. Съ продажею вещи obligatio rei разрѣшается и прекращается [8].

IV. Совершивъ обязательственный договоръ emtio-venditio съ покупателемъ, проданецъ—залоговой кредиторъ—обязуется въ силу этого договора совершить traditio, т.-е. передать покупателю владѣнiе заложенной вещью. Если, совершая продажу, онъ оговорилъ, что продаетъ вещь, какъ залоговой кредиторъ, и что онъ ею не владѣетъ, то онъ можетъ ограничиться уступкой покупателю своихъ исковъ по поводу заложенной вещи [9]. За *эвикцiю вещи* [10] залоговой кредиторъ не отвѣчаетъ передъ покупателемъ, если только онъ оговорилъ при продажѣ, что онъ продаетъ вещь именно въ качествѣ залогового кредитора, и не принялъ на себя по особому договору отвѣтственности за эвикцiю (а также не дѣйствовалъ dolo malo) [11]. Онъ отвѣчаетъ только за то, что вещь ему дѣйствительно заложена, и что никто не имѣетъ на нее болѣе сильнаго залогового права (напр., раньше установленнаго) [12]. Если же вещь эвинцирована у покупателя на другомъ основанiи (напр., потому, что залогодатель не былъ ея собственникомъ), то покупатель не имѣетъ иска противъ залогового кредитора. Онъ не можетъ привлечь къ отвѣтственности за эвикцiю, какъ таковую, и должника, отдавшаго въ залогъ чужую вещь, т. к. съ должникомъ онъ не заключалъ договора купли-продажи. Но юристы признаютъ за нимъ право взыскать съ должника цѣну, уплаченную за вещь при ея покупкѣ у залогового кредитора, ибо эта цѣна освободила должника отъ лежавшаго на немъ долга; между тѣмъ она уплачена за вещь, которая должнику не принадлежала и которая эвинцирована у покупателя настоящимъ собственникомъ. Такимъ образомъ должникъ освободился отъ долга на средства покупателя, т.-е. должникъ неосновательно обогатился на счетъ покупателя заложенной вещи. Неосновательное обогащенiе, а не эвикцiя вещи сама по себѣ, и даетъ возможность покупателю послѣ эвикцiи взыскать съ должника покупную цѣну, уплаченную за вещь залоговому кредитору. Названiе и характеръ этого иска покупателя къ должнику были спорны [13].

V. Сумму, полученную отъ продажи залога, залоговой кредиторъ во всякомъ случаѣ удерживаетъ на правѣ собственности. Она поступаетъ на покрытiе его права требованiя [14]. *Остатокъ* (hyperocha), если таковой окажется, онъ долженъ выдать собственнику заложенной вещи или же слѣдующимъ за нимъ залоговымъ вѣрителямъ, если на вещь установлено нѣсколько залоговыхъ правъ въ пользу разныхъ лицъ [15].

VI. Если покупной цѣны *не достаточно* для покрытiя долга, то для взысканiя остатка долга залоговой кредиторъ можетъ воспользоваться тѣми исками противъ должника, которые основаны на личномъ обязательствѣ, въ обезпеченiе котораго былъ установленъ залогъ. L. 10 C. 4, 10 Imp. Diocletianus et Maximianus. Adversus debitorem electis pignoribus personalis actio

---

[8] Ср. *Brinz* II, стр. 866 сл.

[9] L. 13 D. 20, 5. *Dernburg* I, § 282 пр. 2.

[10] Объ эвикцiи см. *Дернбургъ*, Обязательст. пр. § 99.

[11] L. 2 C. 8, 45 (46).

[12] L. 1 C. 8, 45 (46). L. 10 D. 20, 5. L. 11 § 16 D. 19, 1.—L. 2 C. 8, 45 (46).

[13] L. 12 § 1 D. 20, 5. L. 74 § 1 D. 21, 2 cf. L. 38 D. 21, 2. *Хвостовъ*, Aequitas и aequum jus, стр. 260 сл. *Dernburg* I, 282 пр. 7.

[14] L. 26. 44 D. 46, 3. L. 10 C. 4, 10. *Windscheid* § 237 пр. 23.

[15] L. 42 D. 13, 7. L. 24 § 2 D. eod. L. 20 C. 8, 27. L. 6 § 1 L. 7 D. 13, 7.

non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato de residuo manet integra. Иначе рѣшаетъ этотъ вопросъ, напр., русское право.

VII. Залоговый кредиторъ не имѣетъ права, не приступая къ продажѣ заложенной вещи, *оставить ее за собой на правѣ собственности* въ случаѣ неуплаты долга [16]. Императоръ Константинъ (L. 3 C. 8, 34) объявилъ ничтожнымъ договоръ, въ силу котораго подобное право предоставлялось кредитору—т. наз. *lex commissoria*. Кредитору дозволяется лишь одно: если онъ не найдетъ покупателя для заложенной вещи, то онъ можетъ испросить у императора разрѣшеніе оставить за собою вещь по рыночной ея цѣнѣ—*dominii impetratio*. Залогодатель въ теченіе двухъ лѣтъ все-же сохраняетъ право выкупа своей вещи у кредитора [17].

§ 46. Отношеніе между нѣсколькими залоговыми кредиторами на одну и ту же вещь.

I. Если одна вещь заложена нѣсколько разъ, то между залоговыми кредиторами устанавливается извѣстный порядокъ, въ которомъ они уступаютъ другъ другу при осуществленіи своихъ залоговыхъ правъ. Этотъ порядокъ въ нѣмецкой литературѣ принято называть порядкомъ *ранговъ* залоговыхъ кредиторовъ (Rangordnung; ср. римское: locus), т.-е. *старшинствомъ*. Положеніе одного залогового кредитора относительно другого нѣмецкіе ученые называютъ рангомъ его залогового права. Этотъ порядокъ устанавливается слѣдующими правилами. Слѣдуетъ различать нормальный порядокъ и порядокъ, возникающій въ силу залоговыхъ привилегій.

II. *Нормальный порядокъ* опредѣляется слѣдующимъ образомъ:

1) Если различныя залоговыя права на вещь установлены *разными лицами*, которыя имѣютъ неодинаковыя права на заложенную ими вещь, то предпочтеніе отдается залогу, который установленъ лицомъ, имѣющимъ больше правъ на вещь (напр., залогъ, установленный собственникомъ, предпочитается залогу, установленному добросовѣстнымъ владѣльцемъ вещи). Если права на вещь лицъ, установившихъ залоги, одинаково сильны, то предпочтеніе отдается залоговому кредитору, который владѣетъ вещью [1].

2) Если нѣсколько залоговъ на вещь установлены *однимъ лицомъ* или имъ и его преемникомъ, то преимуществомъ пользуется залогъ, установленный *раньше*. Старшинство опредѣляется *временемъ установленія залогового права*. L. 3 (4) C. 8, 17 (18). Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, *sicut prior es tempore, ita potior jure*. Моментомъ, опредѣляющимъ старшинство залогового права, *не всегда считается моментъ возникновенія залогового права*: *если будущее залоговое право обосновано до его возникновенія, но такъ, что оно уже связываетъ залогодателя, то старшинство залога пріурочивается къ моменту его обосно-*

---

[16] *Купить* заложенную вещь у залогодателя или *получить ее вмѣсто платежа* (in solutum) залоговой кредиторъ можетъ L 12 pr. D. 20, 5. L. 16 § 9 D. 20, 1. L. 34 D. 13, 7. L. 44 D. 46, 3. L. 1 C. 8, 19 (20). *Accarias* I, стр. 743 пр. I. *Dernburg* I, § 280 пр. 12 и 13. *Brinz* II, § 354 пр. 4 и 5. Совершивъ такую покупку, онъ даже пользуется своимъ прежнимъ преимуществомъ относительно послѣдующихъ залоговыхъ кредиторовъ на ту же вещь. См. ниже § 47, II, 4; § 48, II, 4.

[17] L. 3 C. 8, 33 (34).

[1] L. 14 D. 20, 4. *Dernburg* I, § 287 пр. 2.

ванія (а не возникновенія). Такъ, напр., залогъ, установленный въ обезпеченіе *условнаго* или *срочнаго* обязательства (см. § 41, II), пользуется старшинствомъ не со времени наступленія условія или срока, а со времени совершенія акта установленія залога [2]. Если заложена вещь, *не принадлежащая еще залогодателю* (см. § 43, I), то старшинство залога опредѣляется временемъ совершенія залога, а не моментомъ, когда залогодатель получитъ заложенную вещь въ собственность. Залогъ въ обезпеченіе *будущаго долга* датируется временемъ закладного акта, если будущій кредиторъ съ этого времени можетъ быть принужденъ сдѣлать съ своей стороны предоставленіе, необходимое для возникновенія этого долга, напр., дать деньги взаймы (см. выше § 41, II).

Если залоговыя права установлены *одновременно*, то предпочтеніе отдается кредитору, получившему владѣніе вещью. Если никто изъ такихъ кредиторовъ не владѣетъ, то залоговое право дѣлится между ними пропорціонально обязательственнымъ требованіямъ въ моментъ установленія залога [3].

III. Нормальный порядокъ нарушается, если въ числѣ залоговыхъ правъ есть *привилегированные* залоги. Эти залоги пользуются преимуществомъ передъ болѣе старыми непривилегированными залогами. Привилегіи установлены въ слѣдующихъ случаяхъ.

1) Согласно конституціи имп. Льва, залогъ, установленный publice или quasi publice, пользуется преимуществомъ передъ залогами, установленными непублично (см. § 40, IV).

2) Привилегіей пользуется генеральная ипотека *фиска* по поводу неуплаченныхъ податей [4].

3) Привилегіей пользуется залоговое право, установленное въ обезпеченіе обязательства, которое было заключено именно съ той цѣлью, чтобы получить средства *на поддержаніе заложенной вещи* или на увеличеніе ея цѣнности [5].

4) Привилегіей со времени Юстиніана пользуется ипотека жены на имущество мужа, возникающая въ обезпеченіе требованія *о возвратѣ приданаго* (dos). Этой привилегіей пользуются только сама жена и ея нисходящіе, но не остальные ея наслѣдники [6].

IV. *Положеніе старшаго залоговаго кредитора* несравненно выгоднѣе, нежели положеніе остальныхъ, ниже стоящихъ; только старшій кредиторъ имѣетъ право продать заложенную вещь [7]. Осуществленіе имъ этого права уничтожаетъ не только его залоговое право, но и залоговыя права всѣхъ ниже стоящихъ залоговыхъ вѣрителей [8]; послѣдніе могутъ только требовать, чтобы старшій кредиторъ выдалъ имъ, по удовлетвореніи его требованія, остатокъ полученной имъ покупной цѣны (hyperocha) [9].

Ниже стоящіе залоговые кредиторы имѣютъ тѣ же залоговые иски,

---

[2] L. 9 § 1. 2 L. 2 L. 11 § 1 L. 12 § 2 D. 20, 4.
[3] L. 10 L. 16 § 8 D. 20, 1. *Dernburg* I, § 285 пр. 3.
[4] L. 1 C. 4, 46.
[5] L. 5–7 pr. D. 20, 4 L. 7 C. 8, 17 (18).
[6] § 29 J. 4, 6 L. 12 § 1 C. 8, 17 (18). Nov. 91 praef. См. объ этомъ *Dernburg* I, § 288. *Баронъ* § 205, 206. *Brinz* II стр. 862 слл.
[7] L. 8 C. 8, 17 (18). L. 1 D. 20, 5.
[8] L. 3 pr. D. 20, 5. L. 6 C. 8, 17 (18). L. 7 C. 4, 10.
[9] L. 12 § 5 i. f. D. 20, 4. Выше § 45, V.

какъ и первый, но они не могутъ истребовать владѣніе заложенной вещью у старшаго кредитора[10].

Наконецъ, ниже стоящіе залоговые кредиторы имѣютъ такъ наз. *jus offerendi* или *succedendi*[11], т.-е. право удовлетворить перваго залогового вѣрителя и занять его мѣсто въ порядкѣ залоговыхъ кредиторовъ; положеніе промежуточныхъ залоговыхъ кредиторовъ отъ этого не мѣняется (см. объ этомъ § 47, II, 3).

§ 47. Ипотечное преемство.

I. Въ тѣсной связи съ вопросомъ объ отношеніи нѣсколькихъ залоговыхъ кредиторовъ на одну вещь стоитъ ученіе о такъ наз. *ипотечномъ преемствѣ*. Это преемство состоитъ въ томъ, что иногда залогъ (obl. rei), несмотря на свою принципіальную акцессорность, отрѣшается отъ обязательства (obligatio personae), обезпеченіемъ котораго онъ служилъ, и переходитъ къ другому кредитору, который отнынѣ является субъектомъ того же залогового права. Этотъ новый кредиторъ получаетъ тоже старшинство, которое занималъ прежній носитель залогового права[1]. Личное обязательство, которое обезпечивалось залогомъ, погашается, и залогъ начинаетъ служить обезпеченіемъ новой obligatio personae или даже существуетъ независимо отъ всякой obligatio personae.

II. Это ипотечное преемство имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ.

1. Каждое третье лицо, давая должнику деньги *для удовлетворенія ими залогового кредитора*, можетъ выговорить[2] при этомъ, чтобы его собственное требованіе къ должнику о возвратѣ затраченныхъ на удовлетвореніе кредитора денегъ обезпечивалось тѣмъ же залоговымъ правомъ, которое принадлежало удовлетворенному кредитору[3]. Обыкновенно кто-либо даетъ непосредственно должнику деньги взаймы для удовлетворенія кредитора; но сюда же относится случай, когда кто-либо удовлетворяетъ кредитора по мандату его должника и т. п.[4]. Такъ, напр., вещь, стоющая 1000, заложена двумъ кредиторамъ, первому въ суммѣ 800, второму въ суммѣ 600; должникъ беретъ взаймы у третьяго лица 800, чтобы удовлетворить ими перваго; въ случаѣ соотвѣтствующаго соглашенія должника съ третьимъ лицомъ, залоговое право перваго начинаетъ служить обезпеченію требованія третьяго изъ договора займа; третій занимаетъ первое мѣсто среди залоговыхъ кредиторовъ, а второй остается на своемъ мѣстѣ.

2. Если посредствомъ *новаціи* одна obligatio personae замѣняется другой, то стороны, совершающія новацію, могутъ условиться, чтобы залогъ,

---

[10] L. 12 pr. § 7 D. 20, 4.

[11] L. 12 § 9 D. 20, 4.

[1] Поэтому *Dernburg* I, § 290 полагаетъ, что ипотечное преемство состоитъ не въ переносѣ самого залогового права, а въ переходѣ старшинства прежняго залога на вновь установляемый залогъ. Однако, дѣло сводится не къ одному только переходу старшинства: переходятъ и другія свойства залогового права, принадлежавшаго прежнему кредитору, какъ это показываетъ L. 3 D. 20, 3. См. противъ конструкціи Дернбурга *Brinz* Pand. II стр. 842 пр. 12. *Windscheid* § 333b пр. 16.

[2] L. 2 D. 13, 7.

[3] L. 3 D. 20, 3. L. 12 § 8 D. 20, 4. L. 1 C. 8, 18 (19).

[4] См. еще случай въ L. 12 § 9 D. 20, 4.

обезпечивавшій погашенное новаціей обязательство, обезпечивалъ новое обязательство, поскольку сумма послѣдняго не превышаетъ сумму перваго [5]. На это требуется согласіе собственника заложенной вещи [6].

3. Сюда же относится (упомянутый въ концѣ § 46) случай, когда ниже стоящій залоговой кредиторъ пользуется своимъ jus offerendi по отношенію къ выше стоящему. Каждый ниже стоящій кредиторъ имѣетъ право уплатить [7] выше стоящему сумму его требованія, обезпеченнаго залогомъ [8]; тогда залогъ выше стоящаго переходитъ къ нему [9]. Онъ можетъ теперь продать вещь, если окажется послѣ этого старшимъ кредиторомъ, и во всякомъ случаѣ обезпечиваетъ себя отъ продажи вещи тѣмъ кредиторомъ, котораго онъ удовлетворилъ [10]. Такъ, напримѣръ, вещь заложена А въ суммѣ 1000, В въ суммѣ 500, С въ суммѣ 400; С можетъ уплатить А 1000 и занять первое мѣсто въ ряду кредиторовъ.

4. Наконецъ, сюда же относится случай, когда *залоговой кредиторъ удовлетворяется покупателемъ заложенной вещи*. Случай состоитъ въ томъ, что нѣкто—Tertius—пріобрѣтаетъ въ собственность вещь, заложенную нѣсколькимъ кредиторамъ, съ тѣмъ, чтобы первый залоговой кредиторъ былъ удовлетворенъ изъ покупной цѣны. Послѣ этого, строго говоря, второй кредиторъ долженъ занять освободившееся мѣсто перваго; сдѣлавшись старшимъ кредиторомъ, онъ могъ бы продать вещь для удовлетворенія своего требованія. Но въ такомъ случаѣ второй кредиторъ воспользовался бы ничѣмъ не оправдываемой выгодой за счетъ Tertius: вѣдь первый кредиторъ удовлетворенъ только благодаря тому, что Tertius купилъ вещь у должника и уплата первому сдѣлана изъ его денегъ.

Поэтому въ данномъ случаѣ obligatio rei, принадлежавшая старшему кредитору, не считается погашенной; уплатой погашена только его obligatio personae; obligatio же rei, т.-е. залогъ переходитъ къ покупателю вещи, и въ силу этого своего залогового права онъ можетъ не допустить продажи вещи вторымъ кредиторомъ, который попрежнему сохраняетъ второе мѣсто [11]. Такимъ образомъ, *собственникъ какъ бы получаетъ залоговое право на свою вещь*. Конечно, obligatio rei остается на это время безъ должника, ибо нельзя считать за должника по ней самого собственника вещи, которая отвѣчаетъ за долгъ, заключающійся въ залогѣ. Но это состояніе временное. Второй залоговой кредиторъ и теперь можетъ воспользоваться своимъ jus

---

[5] L. 11 § 1 D. 13, 7. L. 3 pr. L. 12 § 5 L. 21 pr. D. 20, 4; ср. L. 1 C. 8, 26 (27). L. 18 D. 46, 2.

[6] L. 30 D. 46, 2; arg. L. 2 D. 13, 7. *Windscheid* § 233b пр. 2.

[7] Или совершить depositio этой суммы. L. 1 C. 8, 17.

[8] О частичной уплатѣ см. *Windscheid* § 233b пр. 13.

[9] L. 12 § 6. 9 L. 16. 20 D. 20, 4. L. 5 pr. D. 20, 5. L. 22 C. 8, 13 (14). L. 5 C. 8, 17 (18). L. 4 C. 8, 18 (19).

[10] Поэтому источники—L. 1. 5 C. 8, 17 (18). L. 22 C. 8, 13 (14)—говорятъ, что онъ „confirmat pignus suum".—Есть ли при этомъ у нижестоящаго кредитора, по осуществленіи этого jus offerendi, какое-либо личное обязательство, которое могъ бы обезпечивать перешедшій къ нему залогъ вышестоящаго кредитора, источники не говорятъ; личное обязательство вышестоящаго кредитора уничтожено уплатой, осталась лишь принадлежавшая ему obligatio rei; *Windscheid* § 233b пр. 16 полагаетъ, что эта obligatio rei присоединяется къ a. neg. gest. contraria, которая теперь возникаетъ для нижестоящаго кредитора противъ должника, въ виду погашенія долга послѣдняго относительно вышестоящаго кредитора; *Dernburg* I, § 290 пр. 7 полагаетъ, что здѣсь возникаетъ для нижестоящаго actio pigneraticia къ должнику.

[11] L. 3 § 1 D. 20, 5. L. 3 C. 8, 18 (19). L. 17 D. 20, 4.

offerendi, т.-е. предложить собственнику. соотвѣтственную сумму, и тогда obligatio rei принадлежавшая собственнику, переходитъ къ нему, онъ дѣлается старшимъ кредиторомъ и можетъ продать вещь для удовлетворенія своего требованія[12].

§ 48. Прекращеніе залогового права.

I. Залоговое право прекращается вслѣдствіе наступленія различныхъ событій. Одни изъ этихъ событій прекращаютъ залоговое право, потому что погашаютъ *долгъ*, за который отвѣчаетъ заложенная вещь (уплата, компенсація, новація и т. п.). Другія уничтожаютъ *отвѣтственность* вещи за долгъ, не касаясь самаго долга (продажа заложенной вещи, гибель ея, погашеніе залогового права по давности)[1].

II. Особаго разсмотрѣнія заслуживаютъ слѣдующіе случаи.

1) Уничтоженіе обезпеченнаго залогомъ личнаго *обязательства* (obl. personae) уничтожаетъ залоговое право, какъ право акцессорное. Залоговое право сохраняется, если право требованія продолжаетъ существовать хотя бы въ видѣ obligatio naturalis. Иногда римскіе юристы исключительно для того признавали наличность obligatio naturalis, чтобы оправдать существованіе залога по уничтоженіи обезпеченнаго имъ обязательства (выше § 41, III). Есть даже случаи, когда залоговое право сохраняется при полномъ уничтоженіи obl. personae, даже при отсутствіи какой-либо obl. naturalis. Можно сказать вообще, что, по существу, уничтоженіе obl. personae только тогда приводитъ къ прекращенію залогового права — obl. rei,— когда въ немъ заключается *удовлетвореніе* вмѣстѣ съ тѣмъ и по obl. rei. Такое удовлетвореніе обыкновенно заключается въ solutio, in solutum datio, компенсаціи[2], новаціи[3], акцептиляціи, pactum de non petendo[4]; но его нѣтъ въ кондемнаціи должника[5], въ нѣкоторыхъ случаяхъ при confusio[6], въ истеченіи исковой давности по иску изъ obligatio personae[7].

2) Залоговое право уничтожается, когда залоговой кредиторъ *продаетъ* заложенную ему вещь. Продажа вещи старшимъ залоговымъ кредиторомъ (какъ уже было сказано въ § 46, IV) прекращаетъ также залоговыя права позднѣйшихъ залоговыхъ кредиторовъ.

3) Залоговое право прекращается *гибелью заложенной вещи* или обращеніемъ ея въ res extra commercium[8].

---

[12] L. 3 § 1 D. 20, 5. *Windscheid* § 248 пр. 29. *Dernburg* I, § 290 пр. 10. *Brinz* II, стр. 864 пр. 31. О покупкѣ залога однимъ изъ залоговыхъ кредиторовъ см. L. 6 D 20, 5. *Brinz* II, стр. 864 пр. 30. См. къ этому еще ниже L. 30 § 1 D. 44, 2 въ § 48, II, 4.

[1] См. *Brinz* § 355.

[2] L. 3 C. 8, 30 (31).

[3] L. 18 D. 46, 2. О нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ сохраненія залога при solutio и novatio по obl. personae см. выше § 47.

[4] L. 49 i. f. D. 46, 3.

[5] L. 13 § 4 D. 20, 1.

[6] L. 61 (59) pr. D. 36, 1. L. 38 § 5 D. 46, 3. Ср. съ другой стороны L. 71 D. 46, 1. Къ этому *Хвостовъ*, Нат. обязат. гл X.

[7] L. 7 C. 7, 39. См. Общ. ч. § 53, IV, 2 *Хвостовъ*, op. cit. стр. 464 сл.—Ко всему изложенному *Brinz* II, § 355, I и стр. 842 ср. *Arndts* § 391.

[8] L. 8 pr. D. 20, 6. Объ измѣненіяхъ заложенной вещи см. L. 16 § 2 L. 29 § 2 L. 35 D. 20, 1. *Dernburg* I, § 292 пр. 6.

4) Нельзя имѣть залогового права на *свою собственную вещь*[9]. Поэтому залогъ прекращается, если собственность на вещь и залоговое право на нее *соединятся* въ однѣхъ рукахъ.

Это правило терпитъ, однако, извѣстное ограниченіе въ томъ случаѣ, когда вещь обременена нѣсколькими залогами и собственность на нее пріобрѣтаетъ старшій залоговой кредиторъ. Послѣдній сохраняетъ все же по отношенію къ позднѣйшимъ залогопринимателямъ такое положеніе, какъ если бы его залоговое право не было погашено. Это оправдывается тѣмъ, что въ противномъ случаѣ позднѣйшій залогоприниматель превратился бы въ старшаго и получилъ бы возможность истребовать вещь у новаго ея собственника и получить преимущественное передъ нимъ удовлетвореніе путемъ продажи вещи, т.-е. воспользовался бы незаслуженной выгодой[10].

5) Залоговое право прекращается съ *отказомъ* залогопринимателя отъ своего права, если отказъ принятъ залогодателемъ[11]. Молчаливый отказъ заключается въ возвращеніи должнику ручного заклада и въ *согласіи залогопринимателя на отчужденіе вещи* залогодателемъ. Вообще залогодатель можетъ отчуждать заложенную вещь, не испрашивая на это согласія залоговыхъ кредиторовъ: отчужденіе заложенной вещи не оказываетъ вліянія на права залоговыхъ кредиторовъ, защищенныя абсолютною a. hypothecaria противъ всякаго владѣльца и собственника заложенной вещи (не слѣдуетъ только смѣшивать продажу заложенной вещи ея собственникомъ съ продажею этой вещи старшимъ залоговымъ кредиторомъ для удовлетворенія своего требованія). Если собственникъ вещи обращается къ залоговому кредитору за согласіемъ на отчужденіе, и тотъ даетъ это согласіе, то въ этомъ римскіе юристы усматривали отказъ кредитора отъ своего залогового права (L. 4 § 1 L. 7 L. 8 § 6 sqq. D. 20, 6).

6) Залоговое право прекращается *по давности*. Кто провладѣлъ (не въ качествѣ наслѣдника залогодателя) заложенной вещью, bona fide и не зная объ обременяющемъ его залоговомъ правѣ, 10 лѣтъ inter praesentes и 20 лѣтъ inter absentes, тотъ получаетъ не только эксцепцію противъ a. hypothecaria, но можетъ виндицировать вещь, если она окажется во владѣніи залогового кредитора; вчинаніе a. hypothecaria прерываетъ эту давность[13].

Кромѣ того, залоговой абсолютный искъ—a. hypothecaria—погашается истеченіемъ обычной исковой давности. Срокъ этой давности равняется 40 годамъ, если искъ направленъ: 1) противъ личнаго должника и его наслѣдниковъ, а также 2) при жизни залогодателя противъ послѣдующаго залогового кредитора. Противъ остальныхъ владѣльцевъ заложенной вещи a. hypothecaria погашется истеченіемъ 30 лѣтъ[14].

---

[9] L. 45 D. 50, 17.

[10] L. 30 § 1 D. 44, 2. Ср. *Dernburg*, I, § 292, пр. 8—9. *Windscheid* I, § 248, 4. *Баронъ*, § 207, II, 1. *Wendt* § 175. Ср. о другихъ аналогичныхъ случаяхъ выше § 45, VII, прим. 17 и § 47, II, 4; см. также § 40, II въ концѣ.

[11] L. 2 C. 8, 25 (26).

[13] L. 5 § 1 L. 12 D. 44, 3. L. 7 § 1 L. 14 C. 4, 10. L. 2 C. 7, 36. L. 19 C. 8, 44 (45).

[14] L. 7 pr. § 1. 2 L. 8 § 1 C. 7, 39.

Глава III. Залоговое право на res incorporales.

§ 49. Pignus nominis и pignus pignoris. Залогъ сервитутовъ.

I. Говоря объ объектѣ залогового права, мы установили, что залоговое право на какое-либо *право* въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ подлежитъ особымъ нормамъ, которыя опредѣляютъ порядокъ отвѣтственности заложеннаго права за долгъ.

Сюда относятся слѣдующіе случаи: 1) залоговое право, предметомъ котораго служитъ обязательство (pignus nominis); 2) залоговое право, предметомъ котораго служитъ залоговое право (pignus pignoris), и 3) залоговое право, предметомъ котораго служитъ сервитутное право.

II. Въ залогъ для обезпеченія своего долга должникъ или третье лицо за него можетъ отдать *обязательственное право*, принадлежащее самому должнику или третьему лицу, установившему залогъ за должника. Такой залогъ носитъ названіе *pignus nominis*. Онъ означаетъ, что залогодатель устанавливаетъ отвѣтственность принадлежащаго ему обязательственнаго права, какъ имущественной цѣнности, за уплату лежащаго на немъ или на другомъ должникѣ долга залогопринимателю. Въ случаѣ неуплаты этого долга залогоприниматель можетъ получить удовлетвореніе при посредствѣ заложеннаго ему обязательственнаго права.

Въ результатѣ такого pignus nominis залогоприниматель дѣлается какъ бы кредиторомъ по данному ему въ залогъ обязательству. Но вмѣстѣ съ тѣмъ сохраняютъ силу и права главнаго кредитора по этому обязательству, насколько ихъ осуществленіе не вредитъ залоговому кредитору [1]. Права залогового кредитора при pignus nominis сводятся къ слѣдующему. Если онъ не получитъ удовлетворенія въ срокъ по обезпеченному залогомъ требованію, то онъ имѣетъ jus exigendi, т.-е. можетъ самъ взыскать съ должника по обязательству, данному въ залогъ [2]. Полученныя *деньги* поступаютъ въ его собственность на погашеніе его требованія. На полученныя при взысканіи *вещи* онъ получаетъ залоговое право, но собственность на нихъ онъ долженъ перенести на залогодателя [3]. Кромѣ того, залоговой кредиторъ можетъ продать заложенное обязательство и этимъ путемъ получить удовлетвореніе [4]; это—путь менѣе выгодный для залогодателя, ибо путемъ продажи права требованія обыкновенно выручается меньше, чѣмъ при взысканіи по нему: поэтому залогоприниматель можетъ прибѣгнуть къ продажѣ заложеннаго обязательства лишь при невозможности или затруднительности взысканія.

III. *Pignus pignoris* или *subpignus*. Въ обезпеченіе отвѣтственности по обязательству можетъ быть дано въ залогъ *залоговое право*, принадлежащее залогодателю и обезпечивающее обязательство, по которому онъ самъ является кредиторомъ [5]. То лицо, которому дано въ залогъ залоговое право,

---

[1] Поэтому *Dernburg* I, § 293 пр. 3 считаетъ pignus nominis за цессію обязательства съ ограниченнымъ дѣйствіемъ.

[2] L. 18 pr. D. 13, 7. L. 4 C. 8, 16 (17).

[3] L. 18 pr. D. 13, 7.

[4] L. 7 C. 4, 39. *Dernburg* I, § 293 пр. 12.

[5] Cod. 8, 23 (24). L. 13 § 2 D. 20, 1.

получаетъ право осуществить это залоговое право вмѣсто залогодателя, если не будетъ исполнено обязательство, обезпеченное посредствомъ этого subpignus.—Само залоговое право не можетъ быть предметомъ отчужденія, между тѣмъ источники (L. 9 § 1 D. 20, 1 выше § 40) считаютъ способность къ отчужденію необходимымъ свойствомъ предмета залога. По этому Бринцъ [6] считаетъ при subpignus предметомъ залога не залоговое право, а заложенную вещь, которая обременяется новымъ залогомъ въ силу существующаго на нее залогового права. Вообще, вопросъ о конструкціи subpignus споренъ [7].

IV. Что касается *сервитутныхъ правъ,* то ихъ, вообще говоря, нельзя отдавать въ залогъ, потому что эти права неотчуждаемы. Исключеніе составляетъ сервитутъ *узуфрукта.* Мы видѣли, что этотъ сервитутъ также неотчуждаемъ; но субъектъ его можетъ передать другому лицу осуществленіе узуфрукта, оставаясь самъ узуфруктуаромъ; въ силу такой сдѣлки новый пріобрѣтатель можетъ фактически воспользоваться узуфруктомъ, но его право прекращается со смертью настоящаго узуфруктуара (см. выше § 31). Въ виду этой особенности узуфрукта римскіе юристы признали, что узуфруктуаръ можетъ закладывать свое право узуфрукта [8]. Право залогового кредитора сводится къ тому, что въ случаѣ неудовлетворенія по обезпеченному залогомъ обязательству, онъ можетъ возмездно перенести осуществленіе узуфрукта на какое-либо третье лицо.

Остается разсмотрѣть еще одинъ видъ залогового права. Собственникъ вещи можетъ отдать въ залогъ въ обезпеченіе долга *сервитутъ* на свою вещь (личный или предіальный), *который еще не существуетъ,* а только долженъ быть установленъ при реализаціи залогового права. Такого рода залогъ даетъ возможность залоговому кредитору въ случаѣ неуплаты ему долга установить заложенный ему сервитутъ на данную вещь въ пользу какого-либо третьяго лица и изъ денегъ, полученныхъ за это отъ послѣдняго лица, удовлетворить себя [9]. Источники упоминаютъ о такого рода залогѣ сельскихъ предіальныхъ сервитутовъ и узуфрукта. Само собою разумѣется, что при такомъ залогѣ *сельскаго* сервитута залогоприниматель, осуществляя свое право продажи, можетъ отчудить право на сервитутъ только такому лицу, которое владѣетъ участкомъ, сосѣднимъ съ тѣмъ, сервитутъ на который ему заложенъ, ибо сервитутъ пути или водопровода можетъ быть установленъ только въ пользу собственника сосѣдняго участка (выше § 29. II, 3) [10].



[6] *Brinz* § 347 пр. 7, 8.

[7] См. *Dernburg* I, § 239 in fine. *Vangerow* I, § 368, пр. 2. *Windscheid*, § 239, пр. 14 сл.

[8] L. 11 § 2 D. 20, 1. L. 8 pr. D. 20, 6.

[9] *Brinz* II, стр. 847, пр. 10. *Windscheid* § 227, пр. 11.

[10] Относительно контраверзъ, связанныхъ съ вопросомъ о залогѣ сервитутовъ см. *Dernburg* I § 293.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Вещное право.

ВВЕДЕНІЕ.

§§ Стр.

1. Общее опредѣленіе и основное дѣленіе вещныхъ правъ........................ 1
2. Защита вещныхъ правъ. Общія основанія ихъ уничтоженія. Владѣніе. Система изложенія.. 3

ОТДѢЛЪ I.

Право собственности.

Глава I. Содержаніе и виды права собственности.

3. Бонитарная и квиритская собственность. Собственность на провинціальную землю.. 6
4. Законныя границы права собственности........................ 8
5. Сособственность.. 10

Глава II. Пріобрѣтеніе и потеря права собственности.

6. Общія замѣчанія.. 14
7. Передача (traditio).. 15
8. Остальные деривативные способы пріобрѣтенія........................ 19
9. Оригинарные способы пріобрѣтенія собственности........................ 20
10. Оригинарные способы пріобрѣтенія (продолженіе)........................ 23
11. Оригинарные способы пріобрѣтенія (продолженіе)........................ 27
12. Утрата права собственности.. 34

Глава III. Защита права собственности.

13. Вещные иски для защиты права собственности........................ 34
14. Личные иски для защиты права собственности........................ 39

ОТДѢЛЪ II.

Юридическое владѣніе (possessio).

Глава I. Общія понятія.

15. Понятіе о владѣніи. Его значеніе въ правѣ........................ 45
16. Есть ли юридическое владѣніе фактъ или право?........................ 47
17. Основаніе защиты владѣнія.. 49

Глава II. Виды владѣнія.

§§ Стр.
18. Юридическое владѣніе. Господствующее ученіе ... 51
19. Продолженіе. Воззрѣніе Іеринга ... 55
20. Possessio justa и injusta. Bonae fidei possessio ... 57

Глава III. Пріобрѣтеніе и потеря юридическаго владѣнія (possessio ad interdicta).

21. Пріобрѣтеніе владѣнія ... 58
22. Пріобрѣтеніе владѣнія (продолженіе) ... 61
23. Утрата юридическаго владѣнія ... 64

Глава IV. Защита юридическаго владѣнія.

24. Общія замѣчанія ... 66
25. Отдѣльные интердикты ... 67
26. Защита добросовѣстнаго владѣнія ... 69

ОТДѢЛЪ III.

Сервитуты. Суперфицій и эмфитевзисъ.

Глава I. Общія положенія о сервитутахъ.

27. Опредѣленіе ... 72
28. Отношеніе сервитутовъ къ праву собственности. Виды сервитутовъ ... 74

Глава II. Предіальные сервитуты.

29. Общія положенія ... 75
30. Отдѣльные виды предіальныхъ сервитутовъ ... 78

Глава III Личные сервитуты.

31 Узуфруктъ и квази-узуфруктъ ... 79
32. Личные сервитуты съ болѣе ограниченнымъ содержаніемъ ... 84

Глава IV. Владѣніе сервитутами. Возникновеніе, прекращеніе и защита сервитутовъ.

33. Владѣніе сервитутами ... 85
34. Возникновеніе сервитутовъ ... 86
35. Прекращеніе сервитутовъ ... 88
36. Защита сервитутнаго права ... 89

Глава V. Эмфитевзисъ и суперфицій.

37. Общія замѣчанія ... 91
38. Эмфитевзисъ ... 92
39. Суперфицій ... 94

ОТДѢЛЪ IV.

Залоговое право.

Глава I. Существо, объектъ, возникновеніе залогового права.

§§ Стр.

40. Общее опредѣленіе. Историческія замѣчанія ... 96
41. Отношеніе залогового права (obligatio rei) къ личному обязательству, обезпеченному залогомъ (obligatio personae) ... 106
42. Объектъ залогового права ... 109
43. Возникновеніе залогового права ... 111

Глава II. Содержаніе, защита и прекращеніе залогового права.

44. Право залогопринимателя на владѣніе заложенной вещью. Actio hypothecaria ... 113
45. Право продажи заложенной вещи ... 115
46. Отношеніе между нѣсколькими залоговыми кредиторами на одну и ту же вещь ... 118
47. Ипотечное преемство ... 120
48. Прекращеніе залогового права ... 122

Глава III. Залоговое право на res incorporales.

49. Pignus nominis и pignus pignoris. Залогъ сервитутовъ ... 124



